

Universitat de València

Facultat de Dret



**Clasificación Penitenciaria
y
Medio Abierto**

TESIS DOCTORAL

TOMO II

Presentada por:

SANTIAGO LEGANÉS GÓMEZ

Dirigida por:

Dra. VICENTA CERVELLÓ DONDERIS

**Profesora Titular de Derecho Penal.
Universitat de València**

Valencia 2013

ÍNDICE

ABREVIATURAS	I
INTRODUCCIÓN.....	1
A. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA	2
B. OBJETO.....	3
C. METODOLOGÍA	6
D. ESTADO DE LA CUESTIÓN	7
CAPÍTULO I: ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL RÉGIMEN ABIERTO.....	13
A. LOS SISTEMAS PENITENCIARIOS	13
1. Sistema filadélfico o pensilvánico.....	15
2. Sistema auburniano o del silencio.....	18
3. Sistema reformativo.....	20
4. Sistemas progresivos	20
a) El Coronel Montesinos.....	24
b) Maconochie	28
c) Obermayer.....	29
d) Crofton	29
B. ANTECEDENTES RÉGIMEN ABIERTO EN ESPAÑA: SIGLOS XIX/XX.	33
1. Siglo XIX	33
2. Siglo XX.....	53
3. Antecedentes inmediatos.....	74
C. ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS DE TRABAJO	79
1. Las colonias penales y los destacamentos militares	80
D. LA PRISIÓN ABIERTA	88

CAPÍTULO II: EL MARCO LEGISTIVO DEL SISTEMA PENITENCIARIO ESPAÑOL.....	121
A. EL SISTEMA PENITENCIARIO: MARCO JURÍDICO-LEGISLATIVO	121
1. La Constitución Española de 1978.....	125
2. La Ley Orgánica General Penitenciaria	137
3. Los Reglamentos penitenciarios	148
a) El Reglamento de 1981	148
b) La reforma reglamentaria de 1984	150
c) El Reglamento de 1996	152
1º La reforma del Reglamento penitenciario	161
2º Reforma penitenciaria y principio de legalidad.	166
CAPÍTULO III: CONCEPTO, FUNDAMENTO, NATURALEZA Y FINALIDAD DEL RÉGIMEN ABIERTO	173
A. EL CONCEPTO DE RÉGIMEN ABIERTO.....	173
1. Evolución	173
2. Definición.....	176
a) Régimen penitenciario.....	177
b) Régimen abierto	180
1º Normativa y organización de los centros abiertos	186
3. Clasificación en tercer grado.....	190
4. El principio de flexibilidad.....	192
5. Características del régimen abierto	197
6. Conclusiones	199
B. FUNDAMENTO DEL RÉGIMEN ABIERTO	201
1. Evolución	201
2. El principio de reinserción social.....	203

a)	La jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	207
3.	El principio de humanidad	213
4.	El principio de igualdad	224
5.	Conclusiones	230
C.	NATURALEZA DEL RÉGIMEN ABIERTO	232
1.	Beneficio penitenciario	233
2.	Alternativa a la prisión cerrada	236
3.	Forma de cumplimiento de la pena de prisión	241
4.	El vaciado efectivo de la pena.....	247
5.	Conclusiones	254
D.	FINALIDAD DEL RÉGIMEN ABIERTO.....	256
1.	Evolución	256
2.	En España.....	261
3.	Situación actual	265
4.	La ejecución penitenciaria.....	273
a)	La discrecionalidad de la Administración.....	288
b)	Ejecución penitenciaria y principio de legalidad ..	291
5.	Conclusiones	294
CAPÍTULO IV: LA CLASIFICACIÓN EN TERCER GRADO: REQUISITOS LEGALES Y PROCEDIMIENTO.....		299
A.	CLASIFICACIÓN PENITENCIARIA.....	299
1.	Definición.....	302
2.	Naturaleza y fines.....	305
B.	EL SISTEMA DE INDIVIDUALIZACIÓN CIENTÍFICA 307	
1.	Los grados de clasificación	322
2.	El principio de flexibilidad.....	325

3.	El fichero FIES y la clasificación penitenciaria	342
C.	LA CLASIFICACIÓN EN TERCER GRADO	351
1.	Formas de acceso al tercer grado	353
2.	Criterios generales para la clasificación.....	358
3.	Variables de clasificación penitenciaria.....	359
4.	El historial delictivo.	363
a)	Las circunstancias modificativas.....	367
5.	La duración de las penas	369
D.	LOS REQUISITOS TEMPORALES PARA EL ACCESO AL TERCER GRADO.	371
1.	El periodo de seguridad.....	380
a)	Orígenes y evolución.....	380
b)	Naturaleza.....	396
c)	La retroactividad	397
d)	Consideraciones doctrinales.....	403
e)	La reforma del periodo de seguridad.....	415
E.	EL TERCER GRADO EN LOS DELITOS GRAVES...	439
1.	El artículo 78 CP	442
2.	La cadena perpetua en España	455
3.	Derecho penitenciario del enemigo.....	472
4.	Delincuencia organizada y terrorismo.....	477
a)	Concepto de organización delictiva	480
b)	Concepto de grupo criminal.	482
c)	Organizaciones y grupos terroristas	489
5.	El tercer grado de terroristas y miembros delincuencia organizada.....	491
6.	La clasificación penitenciaria y la libertad vigilada	525

F. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO.....	538
1. Requisitos legales.....	539
2. La reparación penitenciaria del daño	557
CAPÍTULO V: LOS SUPUESTOS EXCEPCIONALES DE CLASIFICACIÓN EN TERCER GRADO.....	571
A. SUPUESTOS EXCEPCIONALES DE CLASIFICACIÓN EN TERCER GRADO	571
1. Mayor de setenta años y enfermedad grave en incurable	571
a) Los antecedentes legislativos	571
b) El fundamento jurídico.....	576
c) El tercer grado teleológico por ser mayor de setenta años o por enfermedad grave e incurable.	583
1º Los septuagenarios	591
2º Enfermos graves e incurables	598
3º Criterios penitenciarios.....	616
4º El procedimiento de concesión.....	620
B. EL TERCER GRADO INSTRUMENTAL PARA LA EXPULSIÓN DE LOS EXTRANJEROS NO RESIDENTES LEGALMENTE.	631
1. Introducción	631
2. Clasificación en tercer grado.....	635
a) Ámbito penitenciario.....	642
3. Posible aplicación del tercer grado a penados extranjeros a los que no les ha sido sustituida la pena por la expulsión.....	645
4. Tercer grado instrumental a los efectos de la libertad condicional del art. 197 RP.....	650

5.	Extradición y clasificación penitenciaria	659
CAPÍTULO VI: PROCEDIMIENTO DE CLASIFICACIÓN 665		
A.	CLASIFICACIÓN INICIAL	665
1.	Recogida de información y elaboración de estudios. 666	
2.	Propuesta de asignación de grado.	672
3.	Resolución de la propuesta y su motivación.	675
4.	Notificación de la resolución de grado al interno.	683
5.	Notificación al Ministerio Fiscal.....	684
B.	REVISIONES DE GRADO.....	687
1.	Mantenimiento de grado.....	690
2.	Progresión.....	693
3.	Regresión.....	694
4.	Procedimiento progresiones y regresiones de grado. 704	
a)	Delegación de competencias en materia de clasificación	707
5.	Normas para la tramitación del tercer grado	711
6.	El control jurisdiccional de la clasificación	722
a)	Recurso de alzada.....	724
b)	Recurso de reforma	726
c)	Recurso de apelación.....	727
d)	Recurso de queja	731
e)	Recurso de casación para unificación doctrina.	731
f)	Recurso de amparo	736
g)	Recurso ante Tribunal Europeo de derechos humanos 737	
h)	Los efectos de los recursos.....	738

i)	Representación y defensa	741
j)	Intervención de otras partes.....	741
k)	Recurso contra establecimiento de destino	746
CAPÍTULO VII: FORMAS DE CUMPLIMIENTO EN MEDIO ABIERTO.....		749
A.	INTRODUCCIÓN	749
B.	MODALIDADES DE VIDA DE RÉGIMEN ABIERTO 758	
C.	RÉGIMEN ABIERTO RESIDENCIAL.....	770
a)	Régimen abierto pleno.	770
b)	Régimen abierto restringido.....	774
D.	EXCEPCIONES A LA EJECUCIÓN EN PRISIÓN.....	778
a)	Unidades Extrapenitenciarias	779
b)	Unidades Dependientes	783
c)	Unidades externas de madres	787
d)	El tercer grado telemático del art. 86.4 RP	804
1º	Introducción.....	804
2º	Las ventajas de los sistemas telemáticos	808
3º	La regulación vigente	819
a´	Supuestos de aplicación.....	831
b´	Otras medidas de control	840
c´	Procedimiento.....	845
d´	Evolución de la aplicación del art. 86.4 RP.....	850
E.	INTERVENCIÓN EN MEDIO ABIERTO	856
1.	Introducción	856
2.	Los perfiles de los internos.....	859
3.	Programas de intervención básicos	861

a)	Integración e inserción social	862
b)	Inserción e integración laboral	865
1°	Formación para el empleo	866
2°	Orientación y búsqueda	866
3°	Acompañamiento a la inserción laboral	867
F.	PROGRAMAS ESPECÍFICOS	868
G.	PROGRAMAS SANITARIOS	870
H.	PROGRAMAS COMPLEMENTARIOS	870
I.	MODELO BÁSICO DE INTERVENCIÓN	871
CAPÍTULO VIII: EL RÉGIMEN ABIERTO EN EL DERECHO COMPARADO.....		873
A.	NORMAS INTERNACIONALES	873
1.	Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos 875	
2.	Las Reglas Penitenciarias Europeas	879
B.	EL RÉGIMEN ABIERTO EN EL DERECHO PENITENCIARIO COMPARADO	893
1.	Europa	893
a)	Alemania	903
b)	Dinamarca	911
c)	Francia.....	913
d)	Italia.....	920
e)	Suecia	929
C.	LOS PAÍSES LATINOAMERICANOS	932
1.	Argentina.....	935
2.	Bolivia.....	949
3.	Brasil	952
4.	Colombia.....	955

ÍNDICE

5.	Costa Rica	960
6.	Ecuador.....	961
7.	El Salvador	963
8.	México.....	968
9.	Nicaragua	973
10.	Panamá	975
11.	Perú.....	978
12.	Venezuela.....	981
D. LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD CON CONTROLES TELEMÁTICOS.....		987
CONCLUSIONES.....		1001
BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.....		1027

ABREVIATURAS

AAVV	Autores Varios
AP	Audiencia Provincial
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española de 1978
CP	Código Penal, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre
CGPJ	Consejo General Poder Judicial
DGIIPP	Dirección General de Instituciones Penitenciarias
FGE	Fiscalía General del Estado
IIPP	Instituciones Penitenciarias
INST	Instrucción Dirección o Secretaría General de IIPP
JP	Juzgado de lo Penal
JVP	Juez de Vigilancia Penitenciaria
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LOGP	Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, 26 de septiembre
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio
MF	Ministerio Fiscal
RD	Real Decreto
RP	Reglamento Penitenciario 190/1996, de 9 de febrero
SGIIPP	Secretaría General de Instituciones Penitenciarias
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TC	Tribunal Constitucional

TS
TSJ

Tribunal Supremo
Tribunal Superior de Justicia

INTRODUCCIÓN

En la tesis que se presenta, fruto de varios años de elaboración, estudiamos y analizamos de un modo profundo y riguroso una cuestión de gran interés, tanto desde el punto de vista social como desde el punto de vista penal, y sobre todo, penitenciario. Como se expone en su título, el tema escogido versa sobre la clasificación penitenciaria en tercer grado y el cumplimiento de la pena privativa de libertad en régimen abierto, considerada ésta como una de las formas de cumplimiento de la pena de prisión.

Nuestra pretensión con este trabajo es analizar, desde un punto de vista penal y penitenciario, aspectos importantes y problemáticos de la ejecución de la pena de prisión en medio abierto. Así, nuestro objetivo es aportar sugerencias que ayuden a mejorar la forma del cumplimiento de este tipo de pena.

Esta tesis parte de una idea principal, a saber, el hecho de que nos encontramos ante una forma de cumplimiento de la pena privativa de libertad de gran importancia, tanto por los fines que con ella se pueden alcanzar como por el número de casos en que se aplica la misma. Esta trascendencia ha ido aumentando de manera paulatina a lo largo del tiempo, sobre todo desde su inclusión en la LOGP en 1979 así como en los reglamentos penitenciarios que desarrollaron la misma. Normativa, por otra parte, que ha sufrido un gran número de reformas tal y como se comprobará en este trabajo, sin que éstas hayan llegado a colmar muchas de las lagunas que dicha regulación presenta.

Así, una gran cantidad de estas dificultades se han ido salvando por parte de los operadores jurídicos a través de Circulares, Instrucciones o Reuniones de Jueces de Vigilancia Penitenciaria, las cuales a veces incluso contradecían lo establecido en el propio Código Penal, la LOGP y en el Reglamento Penitenciario. Por consiguiente consideramos que la aplicación de esta forma de cumplimiento de la pena privativa

de libertad debe tener una regulación acorde con el principio de legalidad imperante en el Derecho penal y penitenciario.

A. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

La crisis de la pena principal de nuestro ordenamiento punitivo –la prisión–, así como la constatación de que con ella se hace muy difícil cumplir los fines de “reeducación y reinserción social” que la Constitución Española de 1978 le encomienda, ha provocado una intensa búsqueda de soluciones que palien estas deficiencias. Una de estas soluciones a la prisión clásica y cerrada es la prisión abierta. Este tipo de prisión busca conseguir cuatro finalidades principalmente, a saber:

a) Evitar que el condenado ingrese en prisión cerrada o esté el menor tiempo posible en la misma y, por consiguiente, se contamine lo menos posible del ambiente carcelario;

b) Hacer ver tanto al penado como a la propia sociedad que el cumplimiento de la pena en medio abierto sigue siendo una de las fases de ejecución de la condena impuesta, y que por tanto no supone una excarcelación anticipada;

c) Que a través del esfuerzo y de la superación la persona condenada trate de conseguir su rehabilitación e inserción social y legal para que no vuelva a delinquir.

d) Tratar de motivar al penado para que resarza los daños causados a las víctimas, sobre todo, satisfaciendo la responsabilidad civil derivada del delito.

Estos aspectos positivos de esta forma de cumplimiento de la pena privativa de libertad objeto de estudio, hacen que posiblemente estemos ante una alternativa ante la prisión clásica y cerrada. Este ambicioso objetivo debe servir de motivación para que esta forma de cumplimiento de la pena privativa de libertad sea objeto de un constante estudio e investigación, desde los diferentes campos del conocimiento que ella abarca, con el fin de aportar nuevas ideas y soluciones a los problemas que se vayan planteando.

En la actualidad, el acceso al régimen abierto se puede producir por tres vías diferentes contempladas en la LOGP y el RP:

- Como acceso directo, es decir, como consecuencia de la clasificación inicial en tercer grado.

- Por la progresión a tercer grado después de la clasificación inicial.

- Y como consecuencia de la aplicación del segundo grado con la modalidad del art. 100.2 RP

Estas circunstancias mencionadas anteriormente han provocado que nos encontremos ante una de las formas más importantes de ejecución de la pena de prisión.

Según datos de la SGIIPP, en durante las dos primeras décadas del siglo XXI, alrededor de ochenta mil penados fueron clasificados en España en tercer grado. Estos números nos demuestran que nos hallamos ante la segunda forma de cumplimiento de la pena de prisión después del segundo grado.

Además la propia idiosincrasia de esta modalidad de cumplimiento en medio abierto hace que, tanto el acceso al mismo como su ejecución esté llena de particularidades. Es necesario tener muy presente que se trata de una modalidad de ejecución de la pena que en la legislación penitenciaria requiere una disposición activa del propio penado, es decir, el condenado está obligado a llevar a cabo una serie de programas y actividades pues se necesita potenciar el autocontrol del penado para cumplir la pena. De este modo, las citadas particularidades de esta forma de cumplimiento de la pena de prisión serán, desde un punto de vista penal, procesal y penitenciario, el objeto de estudio de la presente tesis.

B. OBJETO

La peculiaridad de la ejecución de la pena de prisión en medio abierto hace que surjan una serie de elementos, que no concurren en otros grados de clasificación penitenciaria Tales

particularidades provocan, a su vez, la aparición de situaciones nuevas no previstas ni a nivel legal (por ejemplo la aplicación de medios telemáticos) ni reglamentario (por ejemplo las unidades de madres externas). Por otro lado, algunas modalidades de régimen abierto requieren que el penado emita su consentimiento para que se le aplique este tipo de cumplimiento fuera de prisión (por ejemplo arts. 86.4, 165 y 182 RP).

Otro elemento característico de esta forma de cumplimiento son los constantes cambios legales y reglamentarios ocurridos en los últimos años, basta citar las LO 7/2003 y la LO 5/2010 que han introducido y reformado respectivamente el denominado periodo de seguridad del art. 36.2 del Código Penal y la LOGP en su art. 72, introduciendo los apartados quinto y sexto.

De este modo, parece necesario estudiar cómo y en qué condiciones se debe ejecutar esta forma de cumplimiento de la pena para que cumpla con los fines establecidos en el art. 25.2 de la Constitución Española. Hemos de tener muy presente que un correcto cumplimiento de esta pena puede conllevar la rehabilitación del condenado y el resarcimiento de la víctima, motivos suficientes que hacen ver su enorme importancia.

Como vemos la ejecución de esta forma de cumplimiento de la pena tampoco está exenta de problemas, debido a la complejidad que ésta presenta fruto de varios factores. El primero de ellos se encuentra precisamente en el acceso al mismo. La obligación de que el penado realice un programa de tratamiento conlleva la necesidad, a su vez, de tener que crear una red de puestos de trabajo o actividades en los que ocuparlo de una manera efectiva. De manera conjunta, el segundo factor lo encontramos en que en la ejecución participan órganos de distinta naturaleza: judicial y administrativos. Así, tienen encomendadas funciones una variedad de órganos judiciales – principalmente el órgano sentenciador o el especializado en ejecutorias y el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria– pasando por órganos administrativos, desde la Junta de Tratamiento que propone la clasificación del penado, hasta la Subdirección General de Gestión Penitenciaria englobada en la Secretaría

General de Instituciones penitenciarias, dentro el organigrama del Ministerio del Interior que resuelve la indicada clasificación.

Esta conjunción de entes plantea gran cantidad de cuestiones tales como los requisitos para acceder al régimen abierto o el control y seguimiento que cada cual debe realizar durante la ejecución. A su vez los temas mencionados presentan una serie de interrogantes y problemas que son necesarios analizar, con el objeto de que la pena se ejecute de la mejor manera posible y, por ende, se alcancen los objetivos rehabilitación y reinserción social recogidos constitucionalmente.

Asimismo, la combinación de diferentes formas de cumplimiento en medio abierto, junto con la complejidad de su imposición y ejecución suponen otra fuente más de dificultades, las cuales pondremos de manifiesto en este trabajo.

Con base en estos parámetros, la estructura de la tesis se dividirá en ocho capítulos, distribuidos de la siguiente forma:

-Capítulo primero, los antecedentes históricos del régimen abierto, los sistemas penitenciarios que comenzaron a introducir mejoras en el cumplimiento de la pena de prisión, la evolución penitenciaria en España y sobre todo de la prisión abierta.

-Capítulo segundo, el marco legislativo del sistema penitenciario español, su evolución y situación actual, analizando las reformas realizadas referentes al tercer grado y régimen abierto.

-Capítulo tercero, el concepto, fundamento, naturaleza y finalidad del régimen abierto. Analizamos el estudio de los principios de legalidad, de prevención especial, de humanidad y de igualdad en relación con la clasificación en tercer grado.

-Capítulo cuarto, la clasificación en tercer grado, analizando profundamente los requisitos legales para acceder al mismo, así como las reformas sufridas sobre todo por la LO 7/2003 y LO 5/2010 de modificación del Código Penal.

-Capítulo quinto, de las excepciones a la clasificación penitenciaria en tercer grado por razones médicas, de edad o de extranjería.

-Capítulo sexto, del procedimiento de clasificación desde la fase de propuesta de grado hasta los recursos judiciales que caben ante la resolución clasificatoria.

-Capítulo séptimo, estudiamos las diversas formas de cumplimiento en régimen abierto, desde la modalidad ordinaria hasta las excepciones de cumplimiento fuera de prisión.

-Capítulo octavo, analizamos el derecho comparado en relación con el régimen abierto, finalizando con la aplicación de los controles telemáticos en la ejecución de la penas privativas de libertad.

Tras los citados capítulos se expondrán las conclusiones a las que lleguemos en esta tesis, así como la bibliografía consultada para su realización.

C. METODOLOGÍA

Para confeccionar esta tesis se han utilizado cuatro fuentes principalmente, siendo éstas:

- La diversa normativa existente sobre la materia;
- La doctrina científica que se ha dedicado al estudio sobre este particular;
- La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, así como a la denominada jurisprudencia menor de las distintas Audiencias Provinciales y Juzgados de Vigilancia Penitenciaria;
- Por último hemos participado una serie de encuentros científicos, cursos y congresos penales y penitenciarios organizados en diferentes ámbitos (universidades, colegios de abogados, órganos judiciales, ONGs, etc.), en los que se han debatido gran parte de los temas tratados en esta tesis.

De este modo, hemos intentado conjugar el aspecto normativo de esta sanción junto con el estudio teórico y su aplicación en la práctica, y todo ello expuesto al debate de algunas de aquellas personas que día a día se enfrentan a la aplicación y ejecución de la pena objeto de estudio. Ello nos ha servido para encontrar aspectos controvertidos de esta forma de cumplimiento de la pena en medio abierto, analizarlos y aportar algunas ideas con las que poder ir aclarando las diferentes cuestiones.

La investigación, cuyo fruto se presenta en esta tesis, se ha dividido en tres fases principalmente. La primera de ellas ha consistido en una búsqueda profunda sobre la normativa que afecta directamente al cumplimiento de la pena de prisión en medio abierto, así como la que regula su proceso de ejecución penal. La segunda fase se dedicó a realizar un vaciado, en diferentes bases de datos, en los que se encontró un número importante de autores que han investigado sobre los diferentes temas abordados en esta tesis. La tercera fase se centró en la búsqueda, estudio y análisis de diversa jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, sobre los distintos aspectos contenidos en esta investigación. También se ha acudido a la denominada jurisprudencia menor –Audiencias Provinciales y Juzgados de Vigilancia Penitenciaria– para estudiar cómo se solucionan algunas de las controversias que esta forma de cumplimiento de la prisión suscitan en su aplicación diaria.

Además hemos asistido y participado en seminarios y congresos en el que se han tratado temas relacionados con la ejecución de la pena de prisión y sobre todo en medio abierto, en la Universitat de València, la UNED, Colegios de Abogados de Valencia y Alzira, etc.

D. ESTADO DE LA CUESTIÓN

La Constitución española en su art.25.2 establece que las penas privativas de libertad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social; estos fines se deben conseguir

mediante el tratamiento penitenciario que según el art. 59 LOGP de 1979 consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados; y como el tratamiento penitenciario se ha de efectuar de forma individualizada el art. 63 de la LOGP determina que después de la observación de cada penado, se realizará su clasificación penitenciaria destinándole al establecimiento cuyo régimen (normas de convivencia) sea el más adecuado para la ejecución de su programa específico de tratamiento que se le haya aprobado y, en su caso, al grupo o sección más idóneo dentro de aquél. Por tanto la clasificación penitenciaria es la base para la aplicación del tratamiento tendente a posibilitar el logro de los fines determinados constitucionalmente en su art. 25.2.

El Código Penal de 1995 establece en el primer inciso del apartado segundo del art. 3: *“Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto”*. En este artículo se recoge la denominada *garantía de ejecución penal*, en virtud de la cual la forma de ejecución de penas y medidas ha de ser necesariamente la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan y no de otra. Por otra parte en su art. 36.1 determina: *“La pena de prisión (...). Su cumplimiento, así como los beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en la Leyes y en el presente Código”*. Este artículo consagra expresamente el *principio de legalidad en la ejecución de la pena de prisión*. Con lo cual nos encontramos que ambos artículos remiten a una *norma penal en blanco* para la ejecución de la pena de prisión, por lo que hay que entender que las remisiones (al igual que la recogida en el art. 990 LECrim.: *“Las penas se ejecutarán en la forma y tiempo prescritos en el Código Penal y en los reglamentos”*) nos conducen a la LOGP, y ésta en su art. 72 determina que: *“Las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica separado en grados, el último de los cuales será la libertad condicional conforme determine el Código Penal.”*

Por tanto, con la entrada en vigor de la LOGP de 1979 se sustituyó el sistema progresivo de ejecución de las penas privativas de libertad, donde los grados o períodos tenían carácter objetivos y rígidos; y por ello los penados tenían necesariamente que pasar por todos y cada uno de ellos para alcanzar la libertad condicional, por el de individualización científica. Para algunos autores el sistema de individualización científica no es más que una manifestación de los sistemas progresivos, aunque con ciertas modificaciones sustanciales puesto que se cambian criterios objetivos y rígidos por otros subjetivos y flexibles. Para otros es un sistema progresivo con peculiaridades propias. Pero nosotros entendemos que estas modificaciones son muy trascendentes apareciendo con ello un nuevo sistema de individualización científica que se caracteriza, además de estar basado en la personalidad del interno y en el tratamiento penitenciario, en que éste se puede realizar, con mayor flexibilidad ya que permite al penado ser clasificado inicialmente en cualquiera de los grados excepto el último que es la libertad condicional, si bien con la LO 7/2003, de 30 de junio, de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas este principio se ha visto modificado puesto que se han establecido determinados requisitos que restringen el acceso al tercer grado (período de seguridad, satisfacción responsabilidad civil, solicitud de perdón a las víctimas, colaboración con la justicia, etc.). Esta misma línea ha sido mantenida por la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Evidentemente esto no quiere decir que el penado esté siempre clasificado en el mismo grado, pues puede ser progresado o regresado según la evolución de su personalidad. Pero además de la personalidad, la tarea de clasificación se debe basar en variables penales, penitenciarias, personales y sociales, así como también en el análisis de los objetivos y actividades que requiere el programa de tratamiento individualizado de cada penado en el tratamiento penitenciario.

En la ejecución de la pena de privación de libertad va cobrando cada vez más importancia la forma de cumplimiento sobre la extensión temporal de la misma, esto trae como consecuencia que la ejecución de la pena se individualiza

también cada vez más para convertirse en un sistema más subjetivo que tenga en cuenta las singularidades de cada sujeto. Por tanto a pesar de las ventajas de la clasificación penitenciaria de los sistemas progresivos no deben perderse de vista los riesgos de la generalización y las necesidades del examen individual en cada caso; por lo que los estudios más recientes en la materia aconsejan un estudio lo más detallado posible de su personalidad del penado antes de decidir el tratamiento a seguir, que jamás debe ser apriorístico, por todo ello es decisiva importancia de la individualización en la clasificación penitenciaria.

Por ello el sistema de individualización científica supuso un gran avance respecto de los sistemas progresivos, dado que incorpora ciertas modificaciones sustanciales. Por un lado, el sistema progresivo clásico se fundamenta más en criterios exclusivamente objetivos a la hora de proceder tanto a la clasificación de grados penitenciarios como a la progresión y regresión de los mismos; en cambio, el de individualización científica tiene en cuenta otros criterios subjetivos dirigidos a considerar las características particulares de cada persona, es decir, a criterios más individualizados, y no podía ser de otra forma dado que este nuevo sistema se basa precisamente en eso, en la individualidad y personalidad de cada penado. Se convierte con ello al tratamiento en el centro de gravedad del sistema. Este sistema de individualización científica, dependiendo de ciertas características de personalidad criminal, adaptabilidad social y otros condicionantes, permite que el penado pueda ser clasificado inicialmente en el tercer grado y salir al régimen abierto.

Por tanto, la clasificación que es una decisión administrativa compleja, basada en un estudio científico del penado, permite la aplicación de sistemas de ejecución de la pena muy alejados de la forma de cumplimiento clásico de la pena privativa de libertad, asimilándose cada vez más a penas alternativas a la prisión. De aquí la importancia de estudiar la clasificación penitenciaria como medio de aplicación de regímenes de vida en semilibertad y de la forma en que aquélla se realiza.

Desde principios, y sobre todo desde mediados del siglo XX surgieron voces de diferentes autores considerando que la ejecución de la pena en medio abierto podía ser una buena alternativa a la prisión tradicional, tal fue el caso de **Elías Neuman** con su importante obra “Régimen abierto”, a la que nos referiremos en numerosas ocasiones. En nuestro país han sido muchos los autores que han defendido las bonanzas de esta forma de cumplimiento frente a la prisión tradicional, desde **García Valdés**, impulsor de la LOGP, pasando por **Bueno Arús**, **Mapelli Caffarena**, **De la Cuesta Arzamendi**, y otros muchos a los que haremos referencia en esta tesis.

Tras la inclusión de esta forma de cumplimiento en la LOGP ha sido objeto de debate por parte de la doctrina, e incluso objeto de investigaciones y trabajos sobre la eficacia de esta sanción con respecto a los condenados que cumplen toda la pena privativa de libertad en una prisión cerrada u ordinaria, sobre las que haremos alusión en esta tesis.

También desde el punto de vista normativo, la ejecución de la pena de prisión en medio abierto, ha sido el centro de varias reformas legales y reglamentarias sin que hasta el momento se hayan cubierto las expectativas y requerimientos que los diferentes autores han realizado. Además, en muchas ocasiones las modificaciones han carecido de una correcta técnica legislativa, lo que ha suscitado aun más dudas y cuestiones en torno a la ejecución de la pena objeto de estudio.

Como veremos desde el año 2003 se han llevado a cabo varias reformas legislativas, tanto del Código Penal como de la LOGP por la LO 7/2003, siendo la última, por el momento, la efectuada por la LO 5/2010 que también afecta a los requisitos para acceder al tercer grado y por tanto al régimen abierto.

Junto a los cambios legales mencionados, desde la entrada en vigor de la LOGP de 1979 se han promulgado tres reglamentos penitenciarios en los años 1981, 1984 y 1996, respectivamente.

Actualmente, la ejecución de la pena de prisión en medio abierto se encuentra regulada, tanto legal como

reglamentariamente de una manera confusa y oscura, incluso contradiciéndose entre ambas normativas. Esto da pie a que, como se ha dicho anteriormente, ocurran multitud de incidencias tanto en la aplicación como en la ejecución. La principal finalidad de la tesis que ahora se presenta no es únicamente poner de manifiesto tales anomalías, sino que nuestra pretensión es exponer y motivar algunas de las posibles soluciones que se puedan aplicar a aquellas.

Resumiendo, el objetivo principal de esta tesis es investigar la clasificación en tercer grado, el régimen abierto y las diversas formas de cumplimiento de las penas privativas de libertad fuera de prisión, así como proponer las posibles mejoras a incluir en una futura reforma de la LOGP de 1979 en referencia a la finalidad reinsertadora establecida en el art. 25.2 de la CE incidiendo especialmente en:

-La clasificación penitenciaria, evolución, derecho comparado y regulación actual.

-El principio de flexibilidad establecido en el artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario de 1996 y que actualmente no tiene cobertura legal.

-El análisis de las nuevas formas de especiales de cumplimiento en tercer grado en medio abierto que sirven claramente como alternativas a la forma de cumplimiento clásico y que no están reguladas en la ley penitenciaria: unidades de madres externas, unidades dependientes, unidades extrapenitenciarias, etc.

-La regulación de aplicación de la vigilancia electrónica en el régimen abierto dentro de la ejecución de las penas privativas de libertad, actualmente regulada en el art. 86.4 del Reglamento Penitenciario pero no en la ley penitenciaria.

CAPÍTULO I: ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL RÉGIMEN ABIERTO

A. LOS SISTEMAS PENITENCIARIOS

A finales del siglo XVIII surgieron los primeros movimientos tendentes a humanizar la ejecución de la pena privativa de libertad. En las primeras cárceles de cumplimiento no existía ningún criterio de separación interior de los reclusos: ni por edad, ni sexo, ni estado de salud mental.

En esta época el estado de deshumanización del sistema penal y penitenciario fue denunciado por Cesare Bonesa, Marqués de Beccaria, (1738-1794) en su libro “*Dei delitti e delle pene*” (1764); en esta obra predecesora del Derecho penal moderno, describía la crueldad de las penas, la necesidad de la proporcionalidad de las mismas, de las garantías penales, etc¹. En resumen, propugnaba las ideas de reforma y humanidad no sólo de las prisiones, sino de todo el Derecho Penal².

Esta situación caótica de las prisiones también fue reflejada por John Howard (1726-1790) en su obra “*The State Of prisons in England and Wales*”³ publicada en 1777 en la que denunció el estado en que se encontraban las cárceles de su época para a partir de ello mejorar las condiciones de vida de las

¹ RODRÍGUEZ ALONSO, A., *Lecciones de Derecho Penitenciario*, 1ª Ed., Granada, 1997, pág. 267, 3ª Ed., 2003, pág. 289

² CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho penitenciario*, 1ª Ed. Valencia, 2001, pág. 24; 2ª Ed., 2006, pág. 68; 3ª Ed. 2012, pág. 99

³ RODRÍGUEZ ALONSO, A., *Lecciones...*, *op. cit.*, 1ª Ed., pág. 267. TAMARIT SUMALLA, J. Mª, SAPENA GRAU, F. y GARCÍA ALBERO, R., *Curso de Derecho Penitenciario*, 1ª Ed. Barcelona, 1996, pág. 3; 2ª Ed. Valencia, 2005 pág. 35

mismas, para lo cual proponía⁴: aislamiento sólo nocturno, trabajo obligatorio para los condenados y voluntario para los preventivos, instrucción moral y religiosa, buena higiene y alimentación, separación de los acusados de los penados, y de las mujeres de los hombres. Este autor establecía la clasificación de los reclusos de la siguiente forma:

-Los acusados, para quienes la cárcel no debe ser un lugar de castigo, sino de seguridad.

-Los convictos, que debían ser castigados conforme a la sentencia condenatoria pronunciada.

-Los deudores, como simple reclusión por impago de las deudas.

Como podemos apreciar aquí ya se produce cierta clasificación penitenciaria en base a la situación procesal-penal y a la tipología delictiva.

También hemos de destacar la figura de Jeremías Bentham que en 1802 publica su obra "*Tratado de legislación civil y penal*" en la que describe el sistema *Panóptico*⁵ como un ejemplo de modelo ideal arquitectónico de prisión, mediante el mismo se podía vigilar a todos los presos con gran eficacia, si bien problemas de falta de respeto a la intimidad de los condenados y de excesivo costo de su construcción hicieron que apenas fuera llevado a la práctica⁶, pero sus ideas sirvieron de precedente a las *prisiones radiales* como las *cárceles modelo* españolas de principios del siglo XX (Madrid, Valencia, Barcelona, etc.). Este autor que proponía la separación por sexo y la distribución de los presos por pabellones, defendía la

⁴ CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho...*, *op. cit.* 1ª Ed. 2001, pág. 23; 2ª Ed., 2006, pág. 68; 3ª Ed. 2012, pág. 99

⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Coordinador), ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., PÉREZ CEPEDA, A., SANZ MULAS, N. y FERNÁNDEZ GARCÍA, J. , *Manual de Derecho Penitenciario*, Madrid, 200, 1ª Ed., pág. 111

⁶ CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho...*, *op. cit.*, 1ª Ed., 2001, pág. 24 pág.; 3ª Ed. 2012, pág. 100

necesidad de reforma de los presos para evitarles nuevas desgracias a ellos mismos y a la sociedad.

Conforme a las ideas de estos autores, se comenzaron a construir en Inglaterra las primeras *Penitentiary Houses*. Las ideas de Howard que contribuyeron a humanizar el régimen penitenciario fueron acogidas por los principales sistemas penitenciarios y aún siguen vigentes en numerosos países. Pero estas ideas tienen sus primeros reflejos en los Estados Unidos de América a finales del siglo XVIII, por ello Norval Morris mantiene que la prisión es invención norteamericana y concretamente de los cuáqueros⁷, pero hemos de recordar que ya había importantes antecedentes en Europa con las denominadas *casas de corrección*. Por tanto, la reforma carcelaria propiamente dicha tardaría algunos años en llegar, desenvolviéndose lentamente hasta los albores del siglo XIX en el que ya podemos hablar de la irrupción en el universo penal de los grandes sistemas penitenciarios⁸.

1. Sistema filadélfico o pensilvánico.

En 1776 fue construida en Walnut la prisión “Walnut Stret Jail” por los cuáqueros, ésta es considerada la primera penitenciaría americana y el precedente de muchas prisiones modernas⁹. Su capacidad era para ciento cinco presos en régimen de completo aislamiento, pero al poco tiempo ya tenía alrededor de mil. Por lo cual con su mal funcionamiento se constaron las grandes dificultades de la misma: hacinamiento, promiscuidad entre hombres y mujeres, el alcohol circulaba libremente. Ante tal situación la *Sociedad de Prisiones de Filadelfia* pidió la completa abstinencia de bebidas alcohólicas y

⁷ GARCÍA VALDÉS, C., *Estudios de derecho penitenciario*, Madrid, 1982, pág. 31

⁸ GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual de Ciencia Penitenciaria*, Madrid, 1983, pág. 121

⁹ JUANATEY DORADO, C., *Manual de Derecho Penitenciario*, Madrid, 2011, pág. 55

trabajo forzoso en régimen de aislamiento celular. Para llevar a cabo estos fines en 1818 se construyó otra penitenciaría en Pittsburgh “*Western Pennsylvania Penitentiary*”, arquitectónicamente tenía influencia de la prisión de Gante y del panóptico de Bentham (mediante el sistema arquitectónico propuesto por este autor se podía controlar toda la cárcel desde un punto de vigilancia). Al seguir aumentando la población reclusa, en 1829 se inauguró otra penitenciaría en Filadelfia “*Eastern State Penitentiary*”, esta prisión adoptó el *sistema arquitectónico radial* que fue seguido para la construcción de numerosas prisiones por todo el mundo.

El sistema filadélfico se implantó en las dos últimas penitenciarías anteriormente citadas de Estados Unidos. Su régimen de vida era el aislamiento celular completo diurno y nocturno de los presos¹⁰ (por eso también fue denominado *celular*), no se realizaba ningún trabajo pues se consideraba que esto podía distraer a los reclusos de su recogimiento y arrepentimiento, que era el objetivo fundamental de este sistema por lo cual sólo se les facilitaba una Biblia¹¹. Después se admitió el trabajo en la propia celda para romper la monotonía pero éste no era productivo ni educativo. Con el aislamiento también se trataba de evitar el *contagio criminal* de unos criminales sobre otros¹², para ello se les cubría la cabeza con un capuchón para que no se conociesen entre sí¹³. El fracaso del mismo estribó precisamente en su base, destruir la salud mental de los reclusos como consecuencia del aislamiento total¹⁴ pues muy pronto se

¹⁰ RODRÍGUEZ ALONSO, A., *Lecciones... op. cit.*, pág. 268. 3º Ed. pág. 290

¹¹ RODRÍGUEZ ALONSO, A. y RODRÍGUEZ AVILÉS, J. A., *Lecciones de Derecho Penitenciario*, Granada, 2011, pág. 235

¹² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Coordinador), ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., PÉREZ CEPEDA, A., SANZ MULAS, N. y FERNÁNDEZ GARCÍA, J., *Manual de...*, *op. cit.*, pág. 122

¹³ TERCERO ARRIBAS, F., “Sistemas penitenciarios norteamericanos”, en *Historias de las prisiones*, obra dirigida por GARCÍA VALDES, C., Madrid, 1997, pág. 149-157

¹⁴ JUANATEY DORADO, C., *Manual de... op. cit.*, págs. 56

manifestó las llamadas psicosis de prisión. A este aislamiento absoluto se unía la ociosidad o trabajo totalmente improductivo¹⁵, y el recluso salía en el momento de su liberación, igual que entró, en cuanto a falta de instrucción y cualificación laboral¹⁶. Así pues, no tardaron en hacerse evidente en los condenados los efectos destructivos del aislamiento absoluto sobre la salud psíquica de los mismos, llegándose a hablar de “locura penitenciaria” e incluso calificándolo como una de las aberraciones del siglo XIX, lo que conducía a la locura o al suicidio¹⁷. Lo positivo de este sistema fue que contribuyó a la separación de reclusos y a la mejora de la higiene y salubridad, siendo su mayor inconveniente el deterioro psíquico que producía el aislamiento total¹⁸. Este sistema fue abandonado al poco tiempo de su implantación en América del Norte. Sin embargo fue exportado a Europa donde fue acogido con simpatía y expectación¹⁹ siendo aplicado en numerosos países (Inglaterra en 1835, Bélgica en 1838, Francia en 1842, Dinamarca en 1846, Holanda en 1851, Rusia en 1852), sobre todo los nórdicos (Suecia en 1840, en Noruega en 1851) donde llegó a consolidarse como un régimen muy adecuado. En

¹⁵ BOIX, VICENTE, *Sistema penitenciario del Presidio Correccional de Valencia*, imprenta del presidio. Valencia, 1850, págs. 19-22: “por este sistema de aislamiento, se priva al penado de los medios de moralización e instrucción; de modo que ni a los presos se les puede enseñar una profesión, ni a leer ni a escribir...”. Oh! No apliqueis este sistema destructor a nuestra imaginación ardiente, a nuestro clima de fuego, a nuestras costumbres medio orientales”, *op. cit.*, pág. 138

¹⁶ ARANDA CARBONELL, M^a. J., *Reeducación y reinserción social. Tratamiento Penitenciario. Análisis teórico y aproximación practica*”, Madrid., 200, pág. 46

¹⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Coordinador), ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., PÉREZ CEPEDA, A., SANZ MULAS, N. y FERNÁNDEZ GARCÍA, J., *Manual de...*, *op. cit.*, pág. 113

¹⁸ CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho....*, *op. cit.* 1^a Ed., 2001, pág. 26; 2^a Ed. 2006, pág. 70; 3^a Ed. 2012, pág. 101

¹⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Coordinador), ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., PÉREZ CEPEDA, A., SANZ MULAS, N. y FERNÁNDEZ GARCÍA, J., *Manual de...*, *op. cit.*, pág. 113

los años 30 del siglo XX fue rechazado en el Congreso penitenciario internacional de Praga. En España no se llegó a adoptar²⁰ si bien se ensayó en la cárcel de Madrid, sin implantarse por el alto coste y la especial aflicción que significaba para los meridionales acostumbrados al buen clima y a la vida libre²¹. Concepción Arenal concibe este sistema como una medida *contra natura*, si bien en los últimos días de su vida apoyo este sistema de aislamiento por ser el menos perjudicial²²

Hoy en día el sistema celular es rechazable como régimen general de cumplimiento de penas privativas de libertad, aunque pueda admitirse la necesidad del aislamiento celular en algunos supuestos excepcionales y como medio de castigo con las adecuadas limitaciones y control legal²³, tal es el caso del régimen cerrado regulado en el art. 10 de la LOGP de 1979.

2. Sistema auburniano o del silencio

Ante el fracaso del sistema pensilvánico, sobre todo, debido al aislamiento absoluto que dio lugar a que muchos reclusos salieran dementes, surgió el sistema auburniano en el estado de Nueva York implantado por el capitán Elam Linyns en 1823. Este sistema presentaba la ventaja que permitía el trabajo en común durante el día bajo la regla del silencio aunque

²⁰ TAMARIT SUMALLA, SAPENA GRAU y GARCÍA ALBERO, *Curso...*, 1ª Ed., pág. 31; 2ª Ed. pág. 36

²¹ CEREZO DOMINGUEZ, A., *Origen y evolución histórica de la prisión*. En “La prisión en España (Una perspectiva criminológica)”, Granada, 2007, pág. 11

²² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Coordinador), ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., PÉREZ CEPEDA, A., SANZ MULAS, N. y FERNÁNDEZ GARCÍA, J., *Manual de...*, *op. cit.*, pág. 113

²³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Coordinador), ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., PÉREZ CEPEDA, A., SANZ MULAS, N. y FERNÁNDEZ GARCÍA, J., *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*, Tomo VI, *Derecho Penitenciario*, Madrid, 2010, pág. 45

establecía el aislamiento nocturno²⁴. Pero tenía el inconveniente del silencio absoluto y la severidad de la disciplina para mantener el silencio²⁵. El incumplimiento de órdenes era castigado con severos castigos corporales²⁶. Este sistema fue aplicado de forma generalizada en Estados Unidos pero ni en España²⁷ ni en Europa cuajó²⁸, sólo se aplicó en Suiza, Cerdeña y una prisión de Baviera²⁹, porque como dice **Fernández García**³⁰ el silencio absoluto es contrario a la natural sociabilidad del hombre.

Cadalso³¹ afirmó, criticando estos dos sistemas penitenciarios americanos, como es lógico, que tan contrario a la naturaleza es el aislamiento absoluto ideado por el sistema filadélfico como la regla de absoluto silencio del auburniano.

²⁴ RODRÍGUEZ ALONSO, A., *Lecciones...*, *op. cit.* 1ª Ed., pág. 268; 3ª Ed. pág. 290

²⁵ JUANATEY DORADO, C., *Manual de...* *op. cit.*, pág. 56

²⁶ BOIX, VICENTE, *op. cit.* págs. 17-19: “Tratábase por este medio de impedir la perniciosa influencia de unos sobre otros...Esto era, pues reunir a los hombres como seres físicos, e impidiendo todo contacto moral, el cuerpo estaba condenado al trabajo violento, al paso que el alma sucumbía bajo la dura necesidad de aquel eterno silencio en medio de sus semejantes”.

²⁷ CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho...*, *op. cit.*, 1ª Ed., pág. 26; 2ª Ed., 2006; pág. 71; 3ª Ed. 2012, pág. 102. También en RODRÍGUEZ ALONSO, A. Y RODRÍGUEZ AVILÉS, J. A. *Lecciones...*, *op. cit.* pág. 234

²⁸ TAMARIT SUMALLA, J. Mª, SAPENA GRAU, F. y GARCÍA ALBERO, R., *Curso de...*, *op. cit.*, 1ª Ed. pág. 32; 2ª Ed., pág. 37

²⁹ ARANDA CARBONELL, Mª. J., *Reeducación y...*, *op. cit.*, pág. 46

³⁰ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Coordinador), ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., PÉREZ CEPEDA, A., SANZ MULAS, N. y FERNÁNDEZ GARCÍA, J., *Manual de...*, *op. cit.*, pág. 114

³¹ CADALSO Y MANZANO, F., *Instituciones Penitenciarias en los Estados Unidos*, Madrid., 1913, pág. 120.

3. Sistema reformatorio.

Con posterioridad surgió el sistema reformatorio especializado para jóvenes delincuentes. Teniendo en cuenta las tendencias del *positivismo criminológico* en 1876 se instaura el reformatorio de Elmira. Tenía elementos comunes del sistema progresivo:

-Clasificación en un grado de internamiento dependiendo de la evolución del penado. Se podía progresar o regresar de grado según la conducta³².

-Tratar de conseguir la rehabilitación a través del tratamiento.

-El régimen se basaba en el ejercicio físico, la instrucción, la progresión de grados o y la sentencia indeterminada (entre un mínimo o un máximo)³³ hasta la reforma del interno³⁴.

Como veremos en este sistema encontramos un verdadero precedente del posterior sistema de clasificación penitenciaria dividido en grados que se sigue aplicando actualmente en España, cosa que no ocurre en otros países de Europa donde predominan los planes individualizados de ejecución de penas sin asignar grados vinculados a un determinado régimen penitenciario.

4. Sistemas progresivos

Teniendo como base los tres últimos sistemas penitenciarios americanos citados y recogiendo las características de cada uno de ellos en cada una de sus fases surgirán durante la primera mitad del siglo XIX los sistemas

³² CERVELLÓ DONDERIS, V. *Derecho...*, *op. cit.*, 1ª Ed., pág. 28; 2ª Ed., 2006, pág. 71; 3ª Ed. 2012, pág. 103

³³ JUANATEY DORADO, C., *Manual...*, *op. cit.*, pág. 57

³⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Coordinador), ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., PÉREZ CEPEDA, A., SANZ MULAS, N. y FERNÁNDEZ GARCÍA, J., *Manual...*, *op. cit.*, pág. 117

progresivos europeos³⁵. Estos sistemas representaron un considerable avance sobre los sistemas americanos. Eliminaba los graves inconvenientes de aislamiento celular y de la regla del silencio, sustituyéndola por una organización graduada, en la cual la ejecución penal va perdiendo rigor, llevando progresivamente al penado a la vida ordinaria y a la libertad³⁶. Se trataba de alcanzar la reforma del sujeto a través de la mejora de condiciones en función del buen comportamiento del recluso, lo que le proporcionaba menos disciplina y más libertad³⁷. La idea sobre la que bascula este sistema es la disminución progresiva de la intensidad de la pena en función de la buena conducta y trabajo del recluso³⁸.

Estos sistemas se caracterizaron por dividir el tiempo de cumplimiento de condena en diferentes períodos o fases; inicialmente, aislamiento celular; posteriormente, vida en común con instrucción y trabajo; a continuación, preparación previa para la vida en libertad fomentando las salidas al exterior; y finalmente, libertad condicional. Estas fases si se iban superando permitían salir antes en libertad. Con estos sistemas, se introduce la indeterminación de la pena, pues su duración dependía de la conducta del penado en prisión³⁹, con lo que como dice **Téllez Aguilera**⁴⁰, el interno deja de ser un sujeto pasivo del sistema penitenciario para convertirse en un agente que dispone, a través de su comportamiento y de su trabajo, de

³⁵ TÉLLEZ AGUILERA, A., *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones*, S Madrid, 1998, pág. 80

³⁶ FERNÁNDEZ ARÉVALO L. y NISTAL BURÓN, J. *Manual de Derecho Penitenciario*, Pamplona, 2011, pág. 206

³⁷ CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho...op. cit.*, 1ª Ed., pág. 27; 2ª Ed. 2006, pág. 71; 3ª Ed. 2012, pág. 102

³⁸ JUANATEY DORADO, C., *Manual de...*, *op. cit.*, pág. 57

³⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Coordinador), ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., PÉREZ CEPEDA, A., SANZ MULAS, N. y FERNÁNDEZ GARCÍA, J., *Manual de...*, *op. cit.*, pág. 115. En el mismo sentido ARANDA CARBONELL, Mª., *Reeducación y ...*, *op. cit.*, pág. 46

⁴⁰ TALLEZ AGUILERA, A. *Los sistemas penitenciarios...*, *op. cit.*, pág. 80

la posibilidad de conseguir la libertad anticipada⁴¹. En el mismo sentido se manifiesta **Garrido Gúzman** al decir que la idea de indeterminación de la pena; su duración dependía, en parte de la conducta del penado en prisión. El trabajo y la buena conducta se convierten en factores decisivos en el cumplimiento de las penas⁴². Estamos totalmente de acuerdo con estos autores que con el sistema progresivo el penado se convierte en el gran protagonista en la ejecución de la pena pues él mismo puede *influir* en la evolución de la misma para alcanzar antes la excarcelación. El hecho de que este sistema ofrezca incentivos de mejorar de condiciones de vida en prisión o de salir antes en libertad fue las claves del éxito del mismo⁴³.

Dentro de estos sistemas hemos de citar: el sistema inglés de Maconochie, el alemán de Obermayer, el irlandés de Walter Crofton y el español del Coronel Montesinos. Todos ellos establecían diversos períodos o grados, la superación de cada uno de éstos permitía la oportunidad de mejorar la *calidad de vida* dentro de la prisión⁴⁴ pues se iban adquiriendo con el paso del tiempo, el trabajo y la buena conducta, mayores derechos que permitían su excarcelación anticipada. Si bien años después este sistema sería muy criticado por la rigidez de sus periodos que al ser muy estrictos impedían los tratamientos individualizados. Por ello muchos años después sería sustituido por el sistema de individualización científica, tal será el caso de España con la LOGP de 1979.

⁴¹ RODRÍGUEZ ALONSO, *Lecciones...*, *op. cit.*, págs. 268-269, 3ª Ed. págs. 291-292

⁴² GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual...*, *op. cit.* pág. 134

⁴³ TAMARIT SUMALLA, J. M^a, SAPENA GRAU, F. y GARCÍA ALBERO, R., *Curso...*, *op. cit.*, 1ª Ed. pág. 32; 2ª Ed., pág. 37. En el mismo sentido se pronuncia BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Coordinador), ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., PÉREZ CEPEDA, A., SANZ MULAS, N y FERNÁNDEZ GARCÍA, J., *Lecciones...*, *op. cit.*, pág. 46

⁴⁴ BUENO ARÚS, F., *Nociones de prevención del delito y tratamiento de la dependencia*, Madrid, 2008 pág. 260

El sistema progresivo es el adoptado por las Naciones Unidas en sus recomendaciones y por casi todos los países que querían transformar la ejecución de la pena privativa de libertad y desde finales del siglo XIX se extendió por toda Europa y por América a mediados durante la primera mitad del siglo XX⁴⁵.

A continuación vamos a referirnos a las características de los sistemas creados por los citados directores de prisiones siguiendo el orden cronológico de su aparición.

⁴⁵ CEREZO DOMINGUEZ, A., *Origen y evolución histórica de la prisión*, *op. cit.*, pág. 14

a) El Coronel Montesinos

Manuel **Montesinos y Molina**⁴⁶ nació en 1776 y murió en 1862, diez años más tarde durante el I Congreso Penitenciario Internacional celebrado en Londres fue considerado por Crofton como el creador del sistema progresivo. El Coronel Montesinos, después de estar cinco años prisionero de guerra en Francia desde 1809 a 1814, entre 1824 y 1826 viajó por varios países europeos y por Estados Unidos lo cual le permitió conocer los sistemas penitenciarios que se utilizaban en estos países y

⁴⁶ Manuel Montesinos y Molina nace en San Roque el 17 de junio de 1796. Desde joven forma parte del regimiento de Caballería Santiago (regido por el General Castaños), lo que perfila el carácter de un militar que acabará siendo, por casualidad, el precursor del régimen abierto en España. Participa en las Batallas de Andujar (16/VII/1808) y Tudela (26/XI/1808) durante la Guerra de la Independencia. Hecho prisionero en 1809, es conducido a Francia, donde tras cinco años de cautiverio, regresa a España en 1814. Desde 1818 hasta 1822, presta sus servicios en la Secretaría del Ministerio de la Guerra. Exiliado a Francia tras la caída del régimen constitucional, viaja por Europa y Estados Unidos hasta que, en 1827, llega de nuevo a España, destinado al Regimiento de Caballería de Castilla y al Regimiento de Caballería de Borbón, con sede en Valencia. Desempeña otros cargos de relevancia hasta que, en 1832 es nombrado Pagador del Presidio de Valencia. En 1834, es nombrado Comandante interino del Presidio de Valencia con motivo del cese del anterior alcaide. En 1836, y con objeto de ahorrar gastos a la Hacienda Pública, pide la cesión del Convento de San Agustín para convertirlo en presidio y desarrollar un sistema nuevo (basado en la confianza y la autorresponsabilidad), diferente del celular que existía en EE.UU. y en algunos países de Europa. No solamente se hace cargo del Presidio de Valencia, sino que crea en Sevilla otro Presidio, y en 1839, nombrado ya Visitador General de los Presidios Meridionales del Reino y Plazas de África, viaja a Málaga donde organiza brigadas de presos para la construcción de carreteras y de nuevos Presidios. Siendo ya Inspector y Visitador de los Presidios del Reino, crea los penales de Algeciras, Cartagena y Valladolid. En 1850 construye el de Burgos y remodela el Penal de Toledo. Es en 1852, cuando se le encomienda el traslado del Presidio de Madrid y la creación de una Galera de Mujeres, utilizando también conventos desamortizados en Alcalá de Henares. Después de la publicación del Código Penal de 1848, solicita su jubilación, desilusionado por una legislación tendente a imposibilitar su labor. Fallece el 3 de julio de 1862.

posiblemente en base a ello creo su propio sistema penitenciario⁴⁷.

Montesinos ensayó el sistema de aislamiento en España, pero los resultados fueron nefastos⁴⁸. Así, frente a las corrientes que consideraban el sistema celular como óptimo, Montesinos se une a un grupúsculo de penitenciaristas europeos, entre los que se encuentran Obermayer, Crofton y Maconochie, favorables, en la teoría y en la praxis, a la investigación de sistemas eficaces para alcanzar la corrección y rehabilitación de los penados distintos a los aislacionistas. De ese modo, comienza a aplicar experimentalmente el llamado sistema gradual progresivo. Para este autor “el objeto de los castigos no es la expiación del crimen sino la enmienda, porque el oficio de justicia no es vengar sino corregir”.

En 1832 fue nombrado pagador del Presidio de Valencia, y en 1834 fue ascendido a Comandante del Presidio, amparándose en las Ordenanzas Generales de Presidios de 14 de abril de 1834 pone en marcha en el año 1835 en el penal de San Agustín de Valencia⁴⁹ su sistema basado en en que “el objeto de los castigos no es la expiación del crimen sino la enmienda, porque el oficio de justicia no es vengar sino corregir”, por ello era partidario de la ocupación continúa sujeta inmutablemente a

⁴⁷ BOIX, VICENTE. *op. cit.* pág., 43 y ss.

⁴⁸ Así escribe: “Además de que sólo satisface una de las condiciones de toda pena, cual es la mortificación del penado, ataca por otra parte el objeto más esencial de ellas. Perfeccionar al hombre es hacerlo más sociable, y todo lo que tienda a destruir o entorpecer su sociabilidad impedirá su mejoramiento, por esto las penas lejos de combatir deben favorecer este principio, y desterrar la incomunicación absoluta.” Mas ampliamente, Montesinos y Molina, Manuel (1846): “Reflexiones sobre la organización del presidio de Valencia, reforma de la Dirección General del ramo, y sistema económico del mismo: por el Coronel Montesinos, Visitador General de los Presidios del Reino”. Imprenta del presidio. Copia facsímil. Servicio de reproducción de libros de librerías París-Valencia. 1979. Pág. 19.

⁴⁹ CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho...*, *op. cit.*, 1ª Ed., pág. 27; 2ª Ed., 2006, pág. 71; 3ª Ed. 2012, pág. 102

toda clase de deberes⁵⁰ para hacer al hombre más sociable⁵¹, dividido en los siguientes periodos:

-Primer periodo (“*De los hierros*”). El mismo se pasaba sin contacto con los demás presos sujeto a la cadena o hierro que por su condena le correspondía realizando tareas de limpieza, siendo muy observada su conducta, después pasaba a un taller de forma voluntaria para aprender o desempeñar un oficio.⁵²

-Segundo periodo (“*Del trabajo*”). El trabajo era fundamental en el sistema del Coronel Montesinos pues consideraba que era el mejor medio para reformar a los delincuentes y por ello potenciaba la formación laboral⁵³. El trabajo era remunerado.

-Tercer periodo (“*De la libertad intermedia*”). Después de repetidas pruebas de buena conducta, una de las recompensas del penado es la rebaja de la condena⁵⁴. En él se trataba de poner a prueba la rehabilitación realizando ensayos de vida en libertad de los penados⁵⁵, dado que les permitía salir o trabajar en el exterior⁵⁶ del presidio sin apenas vigilancia antes de romper

⁵⁰ BOIX, VICENTE. *op. cit.*, pág. 139.

⁵¹ BOIX, VICENTE. *op. cit.*, pág. 161: “*todo lo que tienda a destruir o entorpecer su sociabilidad, impedirá su mejoramiento*”.

⁵² RODRÍGUEZ ALONSO, A., *Lecciones...*, *op. cit.*, 1ª Ed. 1997, pág. 270. 3ª Ed., pág. 292

⁵³ BOIX, VICENTE, *op. cit.*, pág. 162: “*obligarles por necesidad, o por estímulo, o por recompensa, a aceptar un oficio; hacedles ver las ventajas que de él van a reportar...*”.

⁵⁴ BOIX, VICENTE, *op. cit.*, pág. 175

⁵⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Coordinador), ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., PÉREZ CEPEDA, A., SANZ MULAS, N y FERNÁNDEZ GARCÍA, J., *Manual de...*, *op. cit.*, pág. 116. También en RODRÍGUEZ ALONSO, A. y RODRÍGUEZ AVILÉS, J. A. “*Lecciones...*”, *op. cit.* pág. 235

⁵⁶ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J. *Manual de...*, *op. cit.*, pág. 204

legalmente los vínculos del penado con el establecimiento⁵⁷, no habiendo ninguna evasión⁵⁸. En el sistema reformador de Montesinos, apenas había reincidentes⁵⁹. El presidio de San Agustín se convierte así en el primer establecimiento abierto donde se instaura la “prelibertad”. De este modo, se sustituyen los medios físicos de retención y coacción por criterios de responsabilidad y confianza. Cada preso es tratado individualmente siendo él mismo, “el propio ejecutor de su reforma”⁶⁰. Estamos, pues, ante el antecedente más directo en nuestra legislación del actual régimen abierto⁶¹.

Esta misma fórmula sería utilizada años después en Irlanda por Crofton en su periodo intermedio. Este periodo, que fue considerado por algunos contrarios al fin aflictivo e intimidante que debe conservar la pena, no estaba reconocido en el sistema legal de su época ni como régimen de vida ni como libertad condicional, se puede considerar el primer antecedente del actual régimen abierto español. También es un precedente del denominado *periodo de seguridad* introducido por el art.

⁵⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Coordinador), ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., PÉREZ CEPEDA, A., SANZ MULAS, N y FERNÁNDEZ GARCÍA, J., *Lecciones...*, *op. cit.*, pág. 47

⁵⁸ RODRÍGUEZ ALONSO, A., *Lecciones...*, *op. cit.* pág. 270, 3ª Ed., pág. 292.

⁵⁹ BOIX, VICENTE. *op. cit.*, pág. 101

⁶⁰ Así afirma Montesinos en sus escritos: “...Este establecimiento presidial que abrigando mil y quinientos confinados, presenta todo el aspecto de una gran casa de fabricación limpia, cómoda y aún agradable, sin más cerraduras, que las que donde quiera ofrece una habitación particular, sin grandes castigos para conservar dentro el buen Orden y sosiego de sus moradores sin bayonetas que lo rodeen, y supliendo por todo su admirable disciplina, de tal manera que, ni de noche ni de día ha menester su tranquilidad de otro ni más auxilio, que el de una docena de capataces ancianos y casi inválidos”. “Porque en el presidio de Valencia, donde no ha un solo cerrojo que no pueda saltar el empuje de cualquiera de los confinados, y donde su seguridad está encomendada a sus hábitos de subordinación y moralidad, jamás ha ocurrido el más leve disturbio, ni amago de insubordinación...”

⁶¹ MIR PUIG, C., *Derecho penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*. Barcelona. 2011, pág. 31

36.2 del Código Penal tras la reforma de la LO 7/2003 de Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas que exige el cumplimiento de la mitad de la pena cuando sea superior a cinco años antes de acceder al régimen abierto.

b) Maconochie

Alexandre Maconochie (1787-1860) fue nombrado en 1840 gobernador de la isla de Norfolk (Australia), a la misma eran destinados los penados que habían vuelto a delinquir tras su excarcelación. Este sistema respondía a un sencillo planteamiento, reconocido en obras como las de John Howard o Jeremy Bentham: la gradual preparación del penado para su futura libertad, entendiendo que nada había de otorgarse gratuitamente, que todo debía ganarse por el propio esfuerzo, superando etapas o periodos⁶².

El sistema de Maconochie consistía en medir la duración de la pena por una suma de trabajo y buena conducta impuesta al condenado dependiendo de la gravedad del delito y de la pena impuesta. La suma se hallaba representada por un determinado número de marcas o vales⁶³ que cada penado debía alcanzar para obtener la libertad condicional o definitiva. El penado cobraba un salario para su manutención y si cometía alguna falta disciplinaria se le imponía una sanción pecuniaria.

Este sistema se dividía en los siguientes períodos⁶⁴:

-Periodo de prueba. En régimen de aislamiento total, con trabajo duro obligatorio y escasa alimentación.

-Periodo de trabajo. En el que el trabajo era en común por el día bajo la regla del silencio y aislamiento nocturno. En esta

⁶² SANZ DELGADO, E., *Regresar antes: los beneficios penitenciarios*, Madrid, 2007, pág. 105

⁶³ CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho...*, *op. cit.*, 1ª Ed., pág. 27; 2ª Ed. 2006, pág. 71; 3ª Ed. 2012, pág. 102

⁶⁴ RODRÍGUEZ ALONSO, A. y RODRÍGUEZ AVILÉS, J. A., *Lecciones...op. cit.*, pág. 234

fase era donde se le comenzaban a dar las marcas o vales. Los penados eran clasificados en cuatro clases dependiendo del número de marcas que obtenían y de su conducta. Cuando llegaba a clase primera podía acceder a la libertad condicional.

-*Tercer periodo o de libertad condicional.* El mismo duraba hasta la libertad definitiva y el liberado podía hacer uso de su libertad con determinadas restricciones.

c) Obermayer

George M. Von Obermayer (1792-1862) fue director de la prisión de Kaiserlantern en Baviera a partir de 1830 y de la Munich desde 1842. Su sistema se dividía en varios estadios:

-Primer estadio. Vida en común bajo la regla del silencio.

-Segundo estadio. Tras la observación de la personalidad del penado, era destinado a un grupo heterogéneo formado por unos veinticinco a treinta presos, dado que este director partía de la base de que las personas viven en sociedad mezcladas y por tanto también era adecuado que esto fuera así en prisión ya que no era bueno crear un *clima falso* que perjudicase al recluso en su inserción a la sociedad⁶⁵.

-Tercer estadio. Si el penado trabajaba podía obtener la libertad condicional⁶⁶ con un tercio de antelación.

d) Crofton

Walter Crofton (1798-1879) fue director de prisiones en Irlanda, es considerado como creador del sistema progresivo que lo empezó a aplicar hacia el año 1854, pero en realidad lo que hizo fue perfeccionar el sistema inglés de Maconochie

⁶⁵ RODRÍGUEZ ALONSO, A. y RODRÍGUEZ AVILÉS, J. A., *Lecciones...*, *op. cit.*, pág. 235

⁶⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Coordinador), ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., PÉREZ CEPEDA, A., SANZ MULAS, N. y FERNÁNDEZ GARCÍA, J., *Manual de...*, *op. cit.*, pág. 116

adaptándolo para tratar de conseguir la rehabilitación de los penados, pesando en ello creó las *prisiones intermedias*, en ellas se cumplía un período intermedio entre la prisión cerrada y la libertad condicional, considerando este tiempo como medio de prueba de la aptitud del penado para la vida en libertad⁶⁷. Mantenía Crofton que al estar encarcelado un individuo no se sabía si estaba en condiciones de madurez para la libertad⁶⁸. Los presos salían de las casas de trabajo en la prisión, los mandaba a trabajar como obreros en campos y fábricas cercanas. En el establecimiento al que se les enviaba, a 12 kilómetros de Dublín, no había muros ni cerrojos, los presos se alojaban en barracas desmontables

Este sistema irlandés estaba dividido en cuatro períodos:

- El primero. De aislamiento celular diurno y nocturno.

⁶⁷ GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual...*, *op. cit.*, pág. 136

⁶⁸ En el informe presentado al Gobierno por Crofton en 1855, ya ensalzaba las ventajas del llamado periodo de prueba. Van Der Bruggen, en el Congreso Internacional celebrado en el mismo año, expresa los fundamentos de la prisión intermedia de esta manera: “La idea central de que se parte no es otra que el principio de individualización. Es decir del desarrollo de la personalidad del culpable, fundándose sobre las bases morales colocadas por la disciplina educativa de todos los estadios anteriores. Es en conformidad con este principio, eminentemente verdadero y justo, que con el tratamiento de los presos se esfuerza en hacer desaparecer todo aquello que se vincule muy visiblemente con su vida presente y la de las prisiones comunes de donde han salido. Nada lo debe recordar: ni la postura, ni el corte decabellos, ni el traje que es el de los obreros honestos. Evitase hablar de los delitos cometidos y de las penas que motivaron. Tratase a los presos como hombres, como seres morales y razonables que han arribado al sentimiento de su responsabilidad, como gentes que obran bajo el imperio de esta conciencia. Este sentido de humanización, esta confianza acordada a los culpables, a título de hombres, capaces de progresos morales, de energía y de persistente voluntad, de determinación propia y de imperio sobre sus pasiones, constituye sin duda un fenómeno completamente nuevo en el régimen penitenciario, pero un fenómeno que creo que por su exactitud y profundidad de miras sobrepujará a su novedad”. García Basalo J.C.: “Algunas consideraciones sobre el régimen correccional abierto”. En *Revista de Estudios Penitenciarios*. 1969. N° 184-185, Madrid, Enero-Junio, Pág. 670.

-El segundo. Trabajo en común diurno bajo la regla del silencio y aislamiento nocturno.

-El tercero o intermedio⁶⁹. Se cumplía en prisiones especiales, denominadas *intermedias*. En realidad se trataba de un periodo intermedio entre la prisión y la libertad condicional, considerada como un medio de prueba de la aptitud del penado para la vida en libertad donde predominaba el trabajo al aire libre, sobre todo agrícola⁷⁰. Los penados podían ir sin uniforme y les pagaban parte de la remuneración por lo que venían a ser considerados como *obreros libres*, aprendiendo a vigilarse a sí mismos (*self-control*)⁷¹. Por ello se puede considerar un precedente del régimen abierto y por tanto de la prisión abierta⁷².

-El cuarto o libertad condicional. El recluso era excarcelado para cumplir la última etapa de la pena en libertad.

Para pasar de un estadio a otro era necesaria la posesión de un número de marcas o vales como en el sistema de Maconochie, la cantidad dependía de la gravedad del delito, del trabajo y de la buena conducta del penado.

Según **Salillas**⁷³, la prisión intermedia permitía el contacto con el exterior. Pero esta figura ya se había ensayado en el presidio de Valencia por el Coronel Montesinos⁷⁴.

⁶⁹ RODRÍGUEZ ALONSO, A. y RODRÍGUEZ AVILÉS, J. A., *Lecciones...op. cit.*, pág. 235

⁷⁰ RODRÍGUEZ ALONSO, A., *Lecciones...op. cit.*, 1ª Ed. 1997, pág. 269. 3ª Ed., pág. 291

⁷¹ MARCO DEL PONT, L. *Penología y sistemas carcelarios*, Buenos Aires, 1974, pág. 64

⁷² BUENO ARÚS, F., *Nociones...*, *op. cit.*, Madrid. 2008, pág. 260

⁷³ SALILLAS, R. "Un gran penólogo español. El Coronel Montesinos, Publicaciones" de la *Revista Penitenciaria*, Madrid, pág. 45. También del mismo autor "Montesinos y el sistema progresivo". En *Revista de Estudios Penitenciarios*. 1962, Nº 159, Oct.- Sept. Madrid. Pág. 315

⁷⁴ BERNARDO DE QUIRÓS atribuyó la paternidad del sistema progresivo a Montesinos en el Congreso Internacional de Londres en 1872, *Cursillo de*

El sistema progresivo de Crofton fue incorporado en numerosos países, entre ellos España en 1889 en la Colonia Penal de Ceuta y el 3 de junio de 1901 en el resto del país. Estimamos que se optó por el sistema irlandés de Crofton por ser el más progresista y completo de los sistemas progresivos en aquella época al recoger el régimen abierto en su periodo intermedio y la libertad condicional en su último periodo; pero lo contradictorio y chocante fue que precisamente el Código penal de 1890 vigente en esos momentos prohibía este tipo de regímenes de vida *extramuros*, por lo que habrá que esperar a reformas legislativas posteriores para su completa aplicación en nuestro país.

El sistema progresivo es el que más se ha utilizado en la práctica penitenciaria durante los siglos XIX y XX. En nuestro derecho incluso ha estado vigente, aunque con algunos matices, hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995⁷⁵, como veremos en otro lugar de este trabajo.

Criminología y Derecho Penal, Trujillo (México). 1940, pág. 210, También del mismo autor *Lecciones de Derecho Penitenciario*, México, 1943, pág. 106. De DE RODY ALBERTO, “La España Penal y Penitenciaria del siglo pasado, vista desde el extranjero”, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, N° 12, Marzo, 1946, en el que se afirma que: “*Conocedor William Crofton del sistema implantado en aquel tiempo por el Coronel Montesinos en el penal de San Agustín de Valencia, lo estudió y analizó llevándolo como ensayo a las prisiones Irlandesas, de las que era éste Director, y le dio a conocer en el año 1856 a la Cámara Británica*”.

⁷⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Coordinador), ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., PÉREZ CEPEDA, A., SANZ MULAS, N y FERNÁNDEZ GARCÍA, J., *Lecciones...*, *op. cit.*, pág. 47

B. ANTECEDENTES RÉGIMEN ABIERTO EN ESPAÑA: SIGLOS XIX/XX.

1. Siglo XIX

El denominado pensamiento penal ilustrado aparece en un siglo, el XVIII, durante el cual, por toda Europa (e incluso en España pese al filtro de la Inquisición), muchos sectores de la sociedad se muestran enormemente preocupados por los asuntos públicos y por la justicia. Cuando era más que evidente el desafecto social hacia determinadas prácticas jurídicas y ya se formulaban propuestas de codificación, cuando se demandaba la urgente renovación de las instituciones sociales y políticas, cuando era ya evidente la importante disminución de los crímenes de sangre y el aumento de los ilegalismos económicos tales como el fraude, y cuando se detectaba por doquier una mayor conciencia política y moral en parte dinamizada por la importante presencia de movimientos filantrópicos que demandaban la reforma de las costumbres y, en definitiva, los modos de control social. La propuesta de nueva racionalidad de los castigos penales que hizo Beccaria tuvo la virtud de reflejar lo que mucha gente pensaba. Propuestas de reforma penal, de proporcionalidad de las penas, de prevención del delito a través de la propia ley, y protestas (que tiempo después llegaron a ser luchas) contra el tormento como práctica judicial, contra los ahorcamientos y también contra otras prácticas de la pena de muerte, darán testimonio de los cambios que se estaban experimentando. El pacto social, el contrato, es la nueva fuente de legitimidad contra el viejo régimen, pero es también el principio ordenador de la sociedad y su gobierno. Han de elaborarse políticas de castigo (y de vigilancia, de policía) que velen por el mantenimiento del contrato y defiendan al nuevo soberano, a la sociedad (no al rey), frente a los infractores.

La penalidad de más envergadura durante los primeros siglos modernos estuvo relacionada con el devenir de los propios estados. Las necesidades militares -que a su vez explican el nacimiento y fortalecimiento de los Estados

Modernos- dirigen a los monarcas castellanos al terreno penal. La conflictividad que se vivía en el Mediterráneo, contra el imperio otomano y la piratería berberisca, les hizo pensar que podían buscar hombres en los tribunales para dotar las *galeras*. Así mismo, la necesidad de construcción de fortificaciones en el norte de África fue el origen de una experiencia carcelaria, la de los presidios, cuya continuidad –variada, reglamentada conforme avance el pensamiento penal- nos llevaría hasta los fundamentos de nuestro actual sistema penitenciario. Igualmente ocurre, en el terreno de la explotación directa de la fuerza de trabajo de los reos, con la pena de reclusión en las minas de Almadén y luego en la construcción de grandes obras públicas como el Canal de Isabel II.

Así, tal y como afirma **García Valdés**⁷⁶ sorprendentemente el sistema progresivo español, fue introducido “*manu militari*” en los Presidios Industriales de Cádiz y en especial en el de San Agustín de Valencia de 1836 siendo director del mismo el Coronel Montesinos. Se practican experiencias innovadoras aceptando un gran número de riesgos. Las prácticas y usanzas de estos directores de prisiones luego se van a recoger en las reglamentaciones de mediados y finales de siglo.

De hecho, la primera propuesta de este tipo la encontramos en la Real Ordenanza para el gobierno de presidios y arsenales de la Marina de 20 de mayo 1804, en ella se implanta de manera bastante precisa una ordenación del régimen interior basada en la clasificación de los penados y en la vigilancia constante de las cuadrillas. Algún autor, como **Royo Vilanova**⁷⁷, ve ya iniciado en esta Ordenanza el Sistema de

⁷⁶ GARCÍA VALDÉS, C., “La ejecución de las penas privativas de libertad en la nueva legislación penitenciaria”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*. 1de Diciembre de 1997, Nº. 1810, pág. 2379.

⁷⁷ ROYO VILANOVA, A., *Elementos de Derecho Administrativo*, Valladolid, 1927, pág. 405.

clasificación y el progresivo, dividiéndose los presidios en tres clases⁷⁸.

Por esta época se promulgan dentro de un marco militar también Reglamentos para los presidios de tierra, como el del 19 de septiembre de 1807 para el de Cádiz, con pocas variaciones con respecto a los dictados para la marina.

El Reglamento General de Presidios Peninsulares de 1807 se diferencia del reglamento de la normativa de arsenales no por el espíritu vindicativo como refiere **Carrillo De las Heras**⁷⁹ sino en la labor que en ellos se desarrolla. El contexto donde se desarrolla es el de las obras públicas en puertos carreteras, canales y carreteras.

Como refiere **Ruiz Rodríguez**⁸⁰ fue con la Constitución liberal de 1812 cuando se suprime definitivamente el tormento en nuestras cárceles dándose por finiquitada esta práctica ancestral. En 1822 se promulgó el nuevo Código Penal, donde se recogían algunas de las ideas reformadoras de la época. Como refiere **Giménez Salinas**⁸¹ a raíz de la promulgación del Código penal de 1822, se nombró una comisión “*para el arreglo de las cárceles*” puesto que se vio adecuado adaptar las penitenciarias

⁷⁸ Así GARCÍA VÁZQUEZ, A., *Siglo XIX y principios del XX. Presos jóvenes. La Galera de mujeres y Derecho penitenciario militar. Historia de la prisión*. Coordinador GARCÍA VALDÉS, C. Madrid, 1997. Pág. 201. Comenta que la gradación de los reos suponía obligaciones y privilegios, que les estimulaban a comportarse de un modo determinado con vistas a subir en el escalafón. Entre los progresos resalta que se ocupa de separar delincuentes adultos y jóvenes con el propósito de evitar la comunicación delictiva.

⁷⁹ CARRILLO DE LAS HERAS, M^a T., *La pena privativa de libertad en la España del siglo XIX, Historia de la prisión*. Coordinador GARCÍA VALDÉS, C., Madrid, 1997, págs. 173-176.

⁸⁰ RUIZ RODRÍGUEZ, I., *Evolución histórica de las penas privativas de libertad. Historia de la prisión*. Coordinador GARCÍA VALDÉS, C., Madrid, 1997, págs. 85-86.

⁸¹ JIMÉNEZ SALINAS I COLOMER, E., *Autonomía del derecho Penitenciario. Principio informadores de la LOG*, 1996, pág. 71.

existentes al nuevo texto penal y que como refiere **Cuello Calón**⁸² no proporcionó resultado alguno.

El proceso concreto de la reforma penitenciaria fue en España largo, ya que ocupó prácticamente todo el siglo XIX dentro podríamos distinguir dos oleadas sucesivas: En una primera fase, se trató de establecer la clasificación de los reos, que sería el primer paso para superar las viejas cárceles de aglomeración. A continuación, pasada ya la primera mitad del siglo, los esfuerzos se orientaron hacia la difusión de sistemas más refinados de aislamiento. Los primeros tanteos que apuntaban hacia la clasificación tuvieron un carácter bastante restrictivo, puesto que comenzaron con los establecimientos considerados más duros, que eran algunos de los que quedaban bajo la disciplina militar⁸³.

Con todo ese caldo de cultivo, cuando dejaban de funcionar las penas de galeras y las de trabajo en las minas de azogue de Almadén, otros reformadores del XVIII, como Lardizabal en España, añadirán al amplio debate penal la cuestión penitenciaria: se piensa no sólo en el castigo del reo sino en la salvación de su alma, en su corrección, y en que todo ello sirva de pedagogía social, de prevención. Sus propuestas correccionalistas serán muy parecidas a las que triunfarían un siglo después. No piensa en abstracto: el modelo que tiene presente Lardizabal es el de las casas de corrección. Además, antes de finalizar el XVIII, ya se difunden por Europa las ideas de Howard (quien a su vez tiene por modélicas las casa de trabajo holandesas y algunas experiencias correccionalistas) y las nuevas propuestas y experiencias penitenciarias realizadas en los EEUU (Filadelfia, Auburn y Reformatorio). Principalmente, dos modelos penitenciarios se están gestando a finales del XVIII

⁸² CUELLO CALÓN, E., *La moderna Penología*, Barcelona, 1958, págs. 32 y ss.

⁸³ GUDIN RORÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Introducción a la historia de las prisiones*. <http://ocw.innova.uned.es/ocwuniversia/derecho-constitucional/derechos-de-los-reclusos/pdf/ESTUDIO0.pdf>. Consulta 28/6/2010.

que van a influir muchísimo en el penitenciarismo durante todo el siglo XIX: el Panóptico de Bentham, utilitarista y clasificatorio, que primaba la inspección total del preso; y el celular de los cuáqueros basado en el control del arrepentimiento del preso a través de un severo aislamiento penitencial (recogiendo la larga experiencia histórica de la celda monacal cristiana, que se usaba no sólo para la oración sino también para el castigo).

Ahora bien, un fenómeno social importantísimo adquiere carta de naturaleza: se crean asociaciones de caridad para ayudar a los presos (instituciones para-penales). La prisión, en contra de lo que habían pensado e incluso todavía estaban pensando los ilustrados y los pensadores del liberalismo, estaba ya triunfando.

Los primeros indicios de clasificación penitenciaria tal y como hoy la entendemos se encuentran sólo de forma esporádica con anterioridad al siglo XIX⁸⁴. En este siglo con la *Codificación*, según **García Valdés** se produce el reconocimiento legal de ese carácter de la prisión como pena sustantiva y no custodial⁸⁵.

La primera mitad del siglo XIX fue el tiempo de los grandes códigos. Se legisló en todas las materias. Se elaboraron códigos penales, mercantiles, civiles, fiscales, procesales. Se intentó conseguir que no hubiera conducta que no estuviera reglamentada y que no hubiera lagunas de derecho. El ideal era que todo estuviera permitido o prohibido de manera expresa y existiera como obligación o como derecho. Todo delito estaba descrito y sancionado de antemano. Se reconocían y respetaban garantías y, al aplicar a todos la misma ley, se alentaban igualdades y se humanizaba al criminal al otorgarle carácter racional.

⁸⁴ MAPELLI CAFFARENA, B., "La clasificación de los internos", *Revista de Estudios Penitenciarios*, Madrid, N° 236, 1986, pág. 99

⁸⁵ GARCÍA VALDÉS, C., *Régimen penitenciario en España*, Instituto de Criminología, Madrid, 1973, pág. 23

El *Estado liberal* nacerá con el proyecto liberal-burgués de un nuevo orden económico y político. Hacía falta levantar un gran edificio jurídico. La compulsiva producción legislativa en el orden penal y penitenciario a lo largo del siglo XIX (en España sobre todo con el liberalismo isabelino) es un reflejo del interés burgués de crear un nuevo Estado, frente al modelo absolutista. Si las constituciones liberales han proclamado que la libertad es un valor supremo, la privación de la misma será el más importante de los castigos.

Los códigos penales decimonónicos (el del Trienio Liberal –la prisión es “una pena corporal”–, y el de 1848, con las reformas de 1850 y de 1870) van afianzando la pena de prisión hasta convertirla en la reina de la codificación. Por eso, en el código penal, y coherentemente con las iniciativas protocapitalistas (como las que reflejaba el Código de Comercio de 1829, las leyes desarmotizadoras, las medidas para liberalización de mercados, etcétera), la propiedad será el bien que jurídicamente gozará de mayor resguardo⁸⁶. Otro importante bloque de bienes jurídicos serán los relativos a la seguridad del estado (y más en unas décadas marcadas por los conflictos sociales y dinásticos). Un tercer grupo de bienes es el relativo a la protección de las personas.

Todo es ciencia penal. Todo se clasifica, los delitos y las penas. En el propio universo de las penas, el encierro, según su duración, conocerá la distinción entre tres categorías de penas: las primeras se llamarían penas aflictivas (desde pena de muerte hasta la de presidio, prisión y confinamiento menores que duran de 4 a 6 años), las segundas serían las de cadena, reclusión, relegación y extrañamiento perpetuo y temporales que duran de 12 a 20 años, y las de presidio, prisión y confinamiento mayores que van de 7 a 12 años. El segundo grupo lo formaban las penas correccionales (arresto mayor, presidio y prisión correccional y destierro, desde 1 mes hasta 3 años). Y por debajo quedaba la pena de arresto menor (1 a 15 días).

⁸⁶ TRINIDAD FERNÁNDEZ, P., *La defensa de la sociedad. Cárcel y delincuencia en España* (siglos XVIII-XX), Madrid, 1991, pág. 94.

Mientras que otros países ya se comenzaba a ver importantes avances en materia penitenciaria, las prisiones de España hasta el siglo XIX eran en la mayoría de los casos deplorables tanto en sus condiciones (en un principio se utilizaron los presidios militares de África y después los peninsulares) como por lo que se refería al trato con los presos, para resolver esta situación se dictó la *Ordenanza de Presidios arsenales 20 de mayo de 1804* (según **Llorca Ortega**⁸⁷, el presidio en esas fechas ya era considerado como el lugar donde se debían cumplir las penas privativas de libertad). Esta ordenanza que fue considerada la *primera ley penitenciaria española* dividía la pena en tres períodos, premiando el trabajo y la buena conducta. Esta ordenanza se inspira en una orientación correccional, y por ello para **Salillas**⁸⁸ supuso un antecedente del sistema de Maconochie y, por tanto, del sistema progresivo, esta tesis es también defendida por **Herrero Herrero**⁸⁹ y **Cervelló Donderis**⁹⁰.

Esta Ordenanza que dividía a los reclusos en tres clases en función del tiempo de condena que llevasen cumplido y del oficio que ejerciesen⁹¹, propone “que los penados se corrijan, trabajen, aprendan un oficio y salgan en condiciones de ser útiles a la sociedad y a sí mismos”, divide a los penados en tres grupos o grados de 1º, 2º y 3º, con la aplicación de hierros y castigos según el grupo de clasificación, y con la posibilidad de

⁸⁷ LLORCA ORTEGA, J., *Cárceles, presidios y casas de corrección en la Valencia del siglo XIX*, Valencia, 1992, pág. 119

⁸⁸ SALILLAS, R., *Evolución penitenciaria en España*, Tomo II, Madrid, 1919, pág. 219

⁸⁹ HERRERO HERRERO, C., *España penal y penitenciaria. Historia y actualida*, Madrid, 1986, pág. 210

⁹⁰ CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho... op. cit*, 1ª Ed., pág. 67; 2ª Ed., 2006, pág. 83

⁹¹ ARRIBAS LÓPEZ, E., *El régimen cerrado en el sistema penitenciario español*, Madrid, 2010, pág. 35

alivio e incluso eliminación de tales castigos, por buena conducta y aplicación al trabajo⁹².

De esta ordenanza podemos destacar:

- La clasificación de los penados por el delito cometido, la edad y aptitudes. También eran divididos en base sus circunstancias personales, tiempo extinguido de condena y conducta observada, progresando y retrocediendo de clase según su comportamiento. Como vemos ya se hace referencia no sólo a la separación sino a una cierta clasificación penitenciaria según tipología delictiva y determinados rasgos de la personalidad.

- Se valoraba la higiene y la alimentación.

- Todos trabajaban, y de acuerdo con la clase en la que estaban clasificados hacían un trabajo u otro, tenían un salario y determinados favores.

- La disciplina era férrea. Había cinco clases de prisioneros y cada clase daba lugar a un tipo de cadena, grillete, etc.

Los presidios eran considerados como buques armados por lo que estaban bajo las órdenes del Director General de la Real Armada (aquí se puede observar el claro antecedente de la pena de *galeras* en la privativa de libertad en España).

Debido al hacinamiento de los presidios africanos fueron establecidos presidios militares en todo el territorio nacional. El primer presidio peninsular fue el de Cádiz en 1802, dirigido por el Comandante Abadía, considerado el antecesor penitenciario del Coronel Montesinos, quien elaboró los Reglamentos de 1802 y 1805. En vista de los éxitos que obtuvo fue el principal autor del Reglamento General de los Presidios peninsulares de 1 de mayo de 1807 destinado a regular todos los presidios de la península. Es considerado inferior técnicamente al Reglamento

⁹² LASALA, GREGORIO, “La obra de Montesinos y su influencia en la legislación de su época”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, 1962, N° 159, Oct-Dic., pág. 78.

de 1804, mostrando incluso una mayor dureza disciplinaria⁹³. Este Reglamento, para separar a los confinados, las clases contempladas eran tres y venían definidas, salvo la tercera, por razón de la condena impuesta y el delito cometido (arts. 2º a 5º, Título 5º). De esta forma, se consideraban de primera clase “para su seguridad, y ser tratados con rigor”⁹⁴, los reclusos que en sus condenas llevaban la expresión de “con retención”, y los que, por el tipo de delito cometido, era peligroso “dejar de introducir en la sociedad, mientras no consten irrefragablemente su enmienda y corrección”⁹⁴.

De esta época hemos de destacar el *Código Penal de 1822* que tiene un espíritu humanista estableciendo la prevalencia de prevención general pero con cierta aceptación de la prevención especial, entendida como corrección y enmienda. Este código establecía nuevas penas privativas de libertad requiriendo para su ejecución nuevos establecimientos y por ello regula las casas de corrección para mujeres y menores.

Como disposición propiamente penitenciaria se ha de citar la *Instrucción de 20 de noviembre de 1833* dirigida a los Subdelegados de Fomento donde se ordenaba la necesidad de acabar con la mezcla de sexos en prisión, así como la de condenados de penas leves con delincuentes curtidors, esto ya refleja cierta preocupación por la clasificación penitenciaria valorando la carrera delictiva de los penados. Esta instrucción también regulaba las casas de corrección que de debían servir para corregir y mejorar a los condenados en lugar de crear condiciones deteriorantes de su personalidad⁹⁵. Esta instrucción siguió la línea progresista iniciada con las Ordenanzas de 1804 y el Reglamento de 1807.

Abadía que llegó a Teniente General, posteriormente presidió la Comisión redactora de la *Ordenanza de presidios del*

⁹³ GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual...*, op. cit., pág. 165

⁹⁴ ARRIBAS LÓPEZ, E., *El régimen...*, op. cit., pág. 36

⁹⁵ HERRERO HERRERO, C., *España penal y penitenciaria...*, op. cit., 1986, pág. 207

Reino de 14 de abril de 1834. Esta Ordenanza General, basada en la Ordenanza de Marina de 1804 y en el Reglamento general de 1807⁹⁶, que nació como consecuencia del Código Penal de 1822 el cual establecía la pena privativa de libertad como base principal del sistema represivo, pretendió la unificación normativa de todos los establecimientos penitenciarios, instituía también un sistema clasificatorio distribuido en grados. Pero se carecía de un reglamento de régimen interior en los presidios, por lo que cada comandante imponía el propio.

Esta ordenanza asentó dos principios fundamentales: la idea de la clasificación y la formación laboral. De la misma cabe destacar las siguientes características:

- Separación de los penados por la edad y condiciones personales, estableciendo para ello departamentos para jóvenes.

- Se establece la prioridad del trabajo tanto en obras públicas como en los talleres de los establecimientos y si no lo había se debía tener a la población reclusa ocupada aunque fuesen tareas sin utilidad.

- Sólo se refiere al tratamiento *moral* de los penados por parte de los capellanes.

- Régimen disciplinario muy severo, estableciéndose la obligación de que los penados debían llevar *hierros o argollas* según su clase y conducta; sólo los que se encontraban en la tercera clase estaban exentos de llevarlos.

La ordenanza es considerada como el *primer reglamento penitenciario español* que organizaba las prisiones civiles⁹⁷ y con ella se comienza a ver un espíritu reformista en la ejecución de las penas, estableciendo la clasificación de los presidios según la duración de la pena de los reclusos⁹⁸, lo que suponía un

⁹⁶ SALILLAS, R., "Un gran penólogo español...", *Revista Penitenciaria*, pág. 36.

⁹⁷ CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho...*, *op. cit.*, 1ª Ed., 2001, pág. 67; 2ª Ed. 2006, pág. 83

⁹⁸ MAPELLI CAFFARENA, B., "La clasificación de los internos" *Revista de Estudios Penitenciarios*. Madrid, Nº 236, 1986, pág. 101

paso adelante en el programa de individualización de la pena, establecía un sistema de clasificación muy parecido al sistema progresivo al recoger la posibilidad de reducción de hasta un tercio de la pena cuando se había cumplido la mitad de la misma (este podría ser considerado como un antecedente del *periodo de seguridad* establecido en el art. 36.2 CP actual) si mostraban arrepentimiento o corrección. El régimen de vida era común durante el día, el trabajo que era obligatorio y la conducta también se valoraba para reducir la pena. En su sección tercera del título I se contienen varios preceptos que permiten deducir la existencia de contingentes de reclusos que permanecían largas temporadas fuera del establecimiento dedicados a trabajos de obras públicas y de policía urbana con gran libertad de movimientos. También se regulaban los trabajos extraordinarios y el arrepentimiento del reo servía para rebajar notablemente las sanciones disciplinarias. Se ordenaba la separación de los menores de 18 años de los adultos para evitar el contagio criminal y la obligación de crear escuelas en todos los presidios para que los penados aprendiesen a leer, escribir, etc. Esta Ordenanza rigió hasta 1901, aunque como dice Salillas, gran defensor de la misma, nunca se cumplió nunca en su totalidad, entre otras cosas por falta de medios. Sin embargo, para Cadalso era inferior al Reglamento de 1807, ya que éste se preocupaba más de la regeneración de los penados, la Ordenanza de 1834 reformó pocas cosas, pero para **Garrido Gúzman** esta ordenanza es sin lugar a dudas la *ley penitenciaria* más completa que se dictó hasta el siglo XX⁹⁹. Este autor destaca la posibilidad de rebajar el tiempo de condena hasta una tercera parte, si los presos habían demostrado un arrepentimiento verdadero o habían contraído méritos o realizados trabajos extraordinarios¹⁰⁰. Esta norma tiene el mérito ser uno de los intentos más serios y ambiciosos de poner fin al caos penitenciario existente a la par que se manifiesta el deseo de erradicar el presidio en manos de los militares y ponerlos en la

⁹⁹ GARRIDO GUZMÁN, L., *Compendio de Ciencia Penitenciaria*. Universidad de Valencia, 1976., pág.116.

¹⁰⁰ GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual...*, *op. cit.*, pág. 168

de los civiles¹⁰¹. Promulgado el Código Penal de 1848, la ley de 26 de Julio de 1849 reorganizó el servicio de prisiones civiles bajo la dependencia del Ministerio de gobernación, dictando una serie de normativa inferior complementaria.

Los Códigos penales de 1850 y de 1870 se opusieron a varias disposiciones de la Ordenanza de 1834 al prohibir el trabajo al aire libre (lo que impedía el régimen abierto y la excarcelación en libertad condicional) y persistiendo en la inhumanas penas de argolla y cadena.

De este periodo hemos de resaltar la figura del ya mencionado Coronel Montesinos que fue nombrado Comandante del Presidio de Valencia en 1834, y amparándose en las Ordenanza General de Presidios de 14 de abril de 1834 pone en marcha su sistema *progresivo*, que permitía atribuir al penado algunas características de lo que hoy denominamos régimen abierto, al permitirles salir al exterior a trabajar.

Fue entonces cuando Montesinos, aprovechando el momento, aplicó su propio “*idearium*”¹⁰², posteriormente

¹⁰¹ CARRILLO DE LAS HERAS, M^a. T., *La pena privativa de libertad en la España del siglo XIX. Historia de la prisión*. Coordinador GARCÍA VALDÉS. C. Madrid, 1997, pág. 182.

¹⁰¹ RUÍZ RODRÍGUEZ, I., *Evolución histórica de las penas privativas de libertad. Historia de la prisión*, Coordinador GARCÍA VALDÉS, C., Madrid, 1997, págs. 85-86.

¹⁰² MONTESINOS Y MOLINA, M. (1846): “Reflexiones sobre la organización del presidio de Valencia, reforma de la Dirección General del ramo, y sistema económico del mismo: por el Coronel Montesinos, Visitador General de los Presidios del Reino”. 1846 Imprenta del presidio. Copia facsímil. Servicio de reproducción de libros de librerías París-Valencia, 1979. Pág. 252. Recoge los ocho de los principales puntos sobre los que pivota su sistema:

“* Inspirar en el alma del delincuente sentimientos de lenidad y de afición al trabajo, encaminándolos a útiles ocupaciones, debe ser el objeto moral de las penitenciarias públicas.

* Perfeccionar al hombre es hacerlo más sociable: todo lo que tienda a destruir o entorpecer su sociabilidad, impedirá su mejoramiento, por eso las penas, lejos de atacar

incorporado a los Reglamentos de 1844, en el que se establecía la necesidad de clasificación de los penados en grados preclusivos y obligatorios del primero al cuarto, el fin correccional del encierro mediante el trabajo en talleres¹⁰³ y el *régimen de prelibertad*, que suponía la posibilidad de que el preso saliese al exterior, guiado a veces por un acompañante, con la finalidad de comprobar la capacidad del mismo para vivir en libertad. Es decir, ello supone el arquetipo para la consolidación posterior y definitiva en 1901 y 1913, del sistema progresivo que ya se había legalizado mediante el Código penal de 1870.

deben favorecer este principio, fomentando su acercamiento.

* El objeto de los castigos no es la expiación del crimen sino la enmienda y aviso de los criminales, porque el oficio de la justicia no es vengar sino corregir.

* La pérdida de la absoluta de la libertad es en bastante grado sensible al hombre para que se necesite agravar su condición de esclavo con penalidades que no contribuyendo a una enseñanza provechosa, le inficionan el corazón con inolvidables resentimientos.

* Sin el auxilio del temor que causan los atroces tratamientos, y sin el de la fuerza armada también puede mantenerse en buen Orden el régimen interior de las penitenciarias del Estado. El prestigio moral que sepan granjearse sus jefes, les prestará armas más poderosas que las de la fuerza pública, y el inflexible rigor de una bien entendida disciplina, pondrá en sus manos un freno que no alcanzará a romper la audacia de los más facinerosos.

* Corregir sin exasperar, castigar sin envilecer, debe constituir la doctrina de nuestros sistemas penales.

* El respeto, no el miedo, debe conservar siempre en buen pie, la disciplina de los establecimientos penales.

* El sistema que algunos defienden de absoluto aislamiento, debe considerarse como imperfecto, porque solo satisface una de las dos condiciones de toda pena, cual es la mortificación.”

¹⁰³ GARCÍA VALDÉS, C., “*Régimen penitenciario en España*” (*investigación histórica y sistemática*), *Colección de criminología y derecho penal*, Publicaciones del Instituto de Criminología, Universidad de Madrid, Madrid, págs. 30 a 36, BUENO ARÚS, F., “Cien años de Legislación Penitenciaria (1881-1981)” en *Revista de Estudios Penitenciarios*, N° 232-235, Ene-Dic, pág. 71.

El *tercer periodo o de “libertad intermedia”* era aquel en el que el preso podía salir al exterior del presidio por un espacio determinado de tiempo a realizar actividades diversas, institucionales o laborales, en la ciudad, en las obras o en el campo, pernoctando en el edificio penitenciario como medio de adaptación a la libertad.

El presidio de San Agustín se convierte así en el primer establecimiento abierto donde se instaura la “prelibertad”. De este modo, se sustituyen los medios físicos de retención y coacción por criterios de responsabilidad y confianza. Cada preso es tratado individualmente siendo él mismo, “*el propio ejecutor de su reforma*”¹⁰⁴. Estamos, pues, ante el antecedente más directo en nuestra legislación de algunos de los actuales establecimientos abiertos penitenciarios: las Secciones abiertas y los Centros de Inserción Social.

En la *Real Orden de 26 de enero de 1840* se planteó la idea de la corrección unida a la enseñanza, establece la separación por delitos, de los detenidos de los penados, por sexo y por edad¹⁰⁵. Aquí podemos ver ya la idea de que la enseñanza y la clasificación penitenciaria son necesarias para intentar la corrección de los penados. No cabe duda que una clasificación adecuada es la base fundamental de todos los sistemas penitenciarios del siglo XIX.

La *Real Orden de 6 de abril de 1844* disponía que se utilizase el sistema celular.

¹⁰⁴ Como bien dice GARCÍA MATEOS, M^a. P., *La ejecución de la pena privativa de libertad en el medio social abierto*, Madrid, 2004, pág. 109: El tercer periodo de “libertad intermedia” no debe confundirse, como hace NEUMAN, ELÍAS, *Prisión Abierta*, Buenos Aires. 1984, pág.120, con el de libertad condicional. Tampoco debe confundirse el régimen de “prelibertad” dentro del sistema progresivo que implanta Montesinos, con el régimen de los llamados “destacamentos penitenciarios” que también formaban parte del presidio valenciano. Tales destacamentos no responden a un sistema progresivo ni se deben a un régimen abierto, sino, más bien, a trabajos que se desarrollan “al aire libre” en un régimen cuasi-cerrado

¹⁰⁵ FIGUEROA NAVARRO, M^a C., *Los orígenes del penitenciarismo español*, Madrid, 2000, pág. 48

La *Real Resolución de 5 de septiembre de 1844* establecía la separación absoluta entre jóvenes y adultos.

El *Reglamento de 1847*, aprobado por Real Decreto de 25 de agosto, ordenaba la separación por sexo, edad y delito. Además disponía que la instrucción de los penados debía correr a cargo de los capellanes y que debía de haber talleres penitenciarios.

El *Código Penal de 1848* en su artículo 87 establecía la separación penitenciaria por sexo: “Los reglamentos dispondrán la separación de sexos en establecimientos distintos, o por lo menos en departamentos diferentes”. Pero no hacía mención de ningún sistema penitenciario, y en lugar de seguir el progresismo iniciado con las Ordenanzas de 1804 y el Reglamento de 1807, continuado con la Instrucción citada de 1833 y la Ordenanza de Presidios del Reino de 1834, la legislación complementaria se refería a los sistemas penitenciarios imperantes en Europa y Estados Unidos, como el celular o el auburniano. Por lo cual el sistema celular fue el más utilizado en las prisiones de este periodo, con la digna excepción del ya nombrado Coronel Montesinos que alejándose de estas ideas creó su propio sistema progresivo.

La *Ley Especial de Prisiones de 26 de julio de 1849* creó las “Juntas de Cárceles” y los “Depósitos Municipales para el cumplimiento de penas de arresto menor”. A partir de esta ley las cárceles dependerán en lo sucesivo de la Administración civil y no de la militar pues las competencias pasan del Ministerio de Fomento al de Gobernación, y al de Justicia en 1887¹⁰⁶. Esta ley estableció criterios de separación, departamentos diferentes para hombres y mujeres, de hombres menores de 18 años y mujeres de 15 años, los presos políticos separados de los comunes.

Como ya hemos dicho, los Códigos penales de 1850 y de 1870 se opusieron a varias disposiciones de la Ordenanza de

¹⁰⁶ GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la legislación penal: Ley Orgánica General Penitenciaria*, Madrid, 1986, pág. 3

1834 al prohibir el trabajo al aire libre. El sistema progresivo que implanta Montesinos, tras la publicación del restrictivo Código Penal de 1848, reformado posteriormente en 1850, perdió toda influencia y practicidad siendo anulado totalmente por la Orden 1 de agosto de 1857.

La *Real Orden de 3 de septiembre de 1852* dispone que en los establecimientos penales se habiliten departamentos especiales para separar a los autores de grandes crímenes y a los delincuentes sentenciados a penas aflictivas. Esto supone un intento de clasificar a los penados presuntamente más peligrosos en base al delito o la duración de las penas.

La Ley de Prisiones de 21 de octubre de 1869 fue la primera norma con aspiraciones de regulaciones uniformadoras pero de muy deficiente calidad técnica. Esta fue la primera y única ley penitenciaria en España hasta la LOGP de 1979. Se establece que los establecimientos penales dependen de la Dirección General de Prisiones, que forma a su vez parte del Ministerio de justicia y ejercen funciones con la subordinación a los gobernadores provinciales y los alcaldes en los Pueblos. La Autoridad Judicial interviene también en este servicio inspeccionándolo por medio de visitas a las cárceles. Como comenta **Royo Vilanova**¹⁰⁷ tiene aspiraciones en el sistema de Auburn, adoptando el sistema mixto de separación y aislamiento durante la noche y el trabajo en común durante el día, por grupos y clases.

En la segunda mitad del siglo XIX, como indica **Figueroa Navarro**¹⁰⁸, la distinción entre presidio y cárcel ya no es tan clara, y se convierte en sinónimos a medida que nos aproximamos al final del siglo. Con anterioridad en los primeros se cumplían penas de prisión correccional en adelante; en las cárceles ingresaban los presos preventivos y los condenados a penas de arresto. Pero esta diferencia se fue disipando y aunque

¹⁰⁷ ROYO VILANOVA, A., *Elementos de Derecho Administrativo*, Valladolid, 1927, pág. 229

¹⁰⁸ FIGUEROA NAVARRO, M^a C., *op. cit.*, pág. 50

los códigos penales utilizan términos diferentes para cada tipo de penal al final, en realidad se ejecutaban en los mismos establecimientos penales.

De finales del siglo XIX hemos de destacar la figura de Concepción Arenal (1820-1893), cursó la carrera de Derecho y en 1864 fue nombrada Inspectora de Prisiones de mujeres, cargo que sólo desempeñó apenas un año debido a los cambios políticos. Escribió varias obras en las que deja patente su claro espíritu de reforma penitenciaria de las que destaca *El visitador del preso* escrita en 1891, en ella estableció las directrices que debían seguir los visitadores (inspectores) de prisiones en sus tareas. Muchas de las ideas de su *Reglamento de cárceles* pasaron a los reglamentos penitenciarios posteriores. Defiende la necesidad de la humanidad en el trato, la clasificación penitenciaria, la instrucción y el trabajo penitenciario, como elemento moralizante. Para ella, el fin de la pena no es exclusivamente la corrección del delincuente sino también la expiación del delito¹⁰⁹.

Para el *Código Penal de 1870* la función principal de la pena era la expiación pero tampoco dejaba ausente la prevención general mediante el principio de la intimidación. La prevención especial, como aspiración correccional o reformadora sólo estaba formalmente presente, pero las penas denominadas *correccionales* eran ajenas a tal finalidad pues éstas se seguían ejecutando como las demás penas privativas de libertad, y los penados a las mismas recibían el mismo trato penitenciario que el resto. En su artículo 100 establecía la separación por sexo en establecimientos distintos, o por los menos en departamentos diferentes. Este Código, por tanto, prohibió el trabajo *extramuros* con lo cual hacía imposible la aplicación del sistema progresivo y, sobre todo, de la libertad condicional, que no aparecerá en nuestra legislación hasta 1913. Para **Herrero Herrero**¹¹⁰ este Código era regresivo.

¹⁰⁹ GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual...*, op. cit., pág. 118. En el mismo sentido se pronuncia JUANATEY DORADO, C, *Manual...*, op. cit., pág. 54

¹¹⁰ HERRERO HERRERO, C., op. cit., pág. 239

El *Decreto de 5 de diciembre de 1870* estima necesaria la corrección de los jóvenes durante su estancia en los establecimientos penales.

De esta época hemos de citar la *Ley de 23 de julio de 1878* que derogaba la Ley de Bases de 21 de octubre de 1869 relativa a la reforma de las cárceles y prisiones, que reestablecía la Ley Especial de Prisiones de 26 de julio de 1849, y en ella se recogía características del *sistema de auburniano* con trabajo diurno en común y aislamiento nocturno¹¹¹, también ordenaba la separación de jóvenes menores de 20 años y de los presos políticos.

El *Real Decreto de 1 de septiembre de 1879* establecía la clasificación penitenciaria de los presos por delitos políticos, de los perseguibles a instancia de parte y del resto; es decir, se regula la clasificación por delitos políticos, privados y públicos. También ordenaba la separación de los jóvenes menores de 21 años de los adultos.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882, vigente actualmente, establece en su artículo 521 la separación de los penitenciaria de los detenidos de los penados, de co-reos, por sexo, edad y reincidencia, También se indicaba que se debía tener en cuenta el grado de educación y la naturaleza del delito cometido.

En la *Real Orden de 8 de octubre de 1883*, que aprobó el Reglamento Provisional de la Prisión Celular de Madrid, se autorizaba la utilización del sistema progresivo en la Prisión Celular de Madrid, siendo la primera norma que menciona la implantación de este sistema en España. El reglamento provisional de 1883 quiso regular cuatro sistemas, no reguló ninguno, y en su mayor parte no pudo aplicarse¹¹². Si bien no pudo desarrollarse este sistema sí que fue un intento de su implantación en España como había ocurrido en otros países,

¹¹¹ CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho...*, op. cit., 1ª Ed., 2001, pág. 27; 2ª Ed., 2006, pág. 70

¹¹² FIGUEROA NAVARRO, Mª. C., op. cit., pág. 78

pero ya en el Anuario Penitenciario de 1888 se manifestaba claramente de la voluntad del Gobierno de no aplicar el sistema penitenciario en la península¹¹³, por lo que habrá que esperar a su aplicación en Ceuta en 1889 y en 1901 en el resto de España.

La *Real Orden de 3 de septiembre de 1885* crea departamentos especiales para autores de grandes crímenes y delincuentes sentenciados a penas aflictivas¹¹⁴, como hemos visto en la *Real Orden de 3 de septiembre de 1852* ya se hacía referencia a este tipo de clasificación. Igualmente realiza una clasificación de los establecimientos penales.

El *Real Decreto de 13 de diciembre de 1886* se refería a la necesidad de la separación penitenciaria de los preventivos de los penados, de los reincidentes de los primarios y por su carácter. Este decreto venía a desarrollar en sede reglamentaria la citada Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882.

El *Real Decreto de 11 de agosto de 1888* determina los establecimientos donde se deben cumplir los diferentes tipos de penas: los menores de veinte años, los mayores de sesenta años, las mujeres, etc.

En el proyecto de Ley de Prisiones de 1888 se hace un nuevo intento de aplicación del sistema progresivo, pero no llegó a ser aprobado, será el *Real Decreto de 23 de diciembre de 1889* que estableció la Colonia Penal de Ceuta, donde se autorizaba por primera vez y en exclusiva el uso del sistema progresivo, de aquí su importancia como primera norma que introducía en nuestra legislación este sistema, que se dividía en cuatro periodos:

-Primer periodo: celular. Era de aislamiento absoluto.

-Segundo periodo: de instrucción. Los penados se ocupaban en las escuelas y talleres¹¹⁵.

¹¹³ FIGUEROA NAVARRO, M^a. C., *op. cit.*, pág. 79

¹¹⁴ FIGUEROA NAVARRO, M^a. C., *op. cit.*, pág. 48

¹¹⁵ RODRÍGUEZ ALONSO, A., *Lecciones...*, *op. cit.*, pág. II.

-Tercer periodo: de trabajo. Era denominado "intermedio". Los reclusos trabajaban (de "cañón a cañón") libremente regresando a la prisión a pernoctar. Se puede considerar otro antecedente, junto al del Coronel Montesinos del régimen abierto actual.

- Cuarto periodo: de libre circulación. Permitía al penado salir al exterior para la realización de trabajos y vivir con sus familias¹¹⁶, pasando controles periódicos. Es el primer antecedente legal de la libertad condicional en nuestro país, que será regulada a partir de 1914.

También se regula la distribución interior de la población reclusa en diferentes grupos: distinción entre delitos contra las personas y contra la propiedad, que se subdividían entre reincidentes y primarios, igualmente se separaban por delitos similares y duración de la pena. Después de una adecuada observación, se clasificaban por edades y caracteres. Esta podía variar en función de la evolución del penado. Aquí ya encontramos una verdadera clasificación penitenciaria en base a diferentes factores: tipología y carrera delictiva, duración de la pena, edad, sexo y personalidad.

Para **Salillas**¹¹⁷ este Real Decreto “*no hizo otra cosa que legalizar un sistema tradicional y espontáneo, desarrollado en el presidio de Ceuta y coincidente con las pautas del sistema progresivo*”. Fue clave para su posterior implantación en toda España el buen resultado que dio en la Colonia Penal de Ceuta donde se acogió muy bien por la población y además favorecía la reinserción social de los penados.

La *Real Orden de 23 de febrero de 1894* aprueba el Reglamento definitivo de la Prisión Celular de Madrid sustituyendo al de 1883, y volvía a autorizar el uso del sistema progresivo en la misma.

¹¹⁶ RENART GARCÍA, F. , *La libertad condicional: nuevo régimen jurídico*, Madrid, 2003, pág. 38

¹¹⁷ SALILLAS, R., *La vida penal en España*, Madrid, 1888, pág. 76.

Durante el siglo XIX, mientras los reformadores europeos se inclinaban por el sistema celular, los legisladores no llegaron a apoyarlo decididamente, por lo que pocas prisiones se construyeron según ese sistema, en razón, no sólo de la escasa fe, sino también del elevado presupuesto; en España en 1844 se habla del sistema celular, en la Ley de Prisiones de 1849 y en la Ley de Bases de 1869 se prefiere el sistema Auburniano, pero en 1876 y 1883 se vuelve al sistema celular, reparación que es especialmente llamativa porque en esa época ya se había abandonado en Europa¹¹⁸.

Para finalizar este apartado hay que indicar que muchas de las normas penitenciarias que se dictaron durante el siglo XIX no se aplicaron, bien por falta de medios materiales y personales, bien por no ser compartidos los criterios progresistas y humanitarios que algunas de ellas mismas contenían por los gobiernos de turno.

2. Siglo XX

A principios del siglo XX la mayoría de las prisiones sufrían una gran aglomeración, pero este hacinamiento se agravó durante la segunda mitad del siglo. De los presidios no celulares el 80% tenían más de cien años y en su mayoría se trataba de edificios reutilizados con fines no penitenciarios, como casernas o conventos. De hecho, de las veintinueve prisiones celulares que existían en España al despuntar el siglo XX, la mitad se habían construido entre 1880 y 1890. Como refiere **Roldán Barbero**¹¹⁹ desde el propio estamento militar empiezan a

¹¹⁸ GONZÁLEZ GUITIAN, L., “Evolución de la normativa penitenciaria en España hasta la promulgación de la LOGP”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, Madrid, 1989, pág. 106

¹¹⁹ ROLDÁN BARBERO, H., *Historia de la prisión en España*, Barcelona, 1988, pág. 97. Así el autor se refiere concretamente al Excomandante de Presidios José María Canalejas quien en 1860 –pese a su condición de militar- estableció la separación de las prisiones del establecimiento castrense. A partir de ahí se crearon establecimientos penitenciarios autónomos con su propia carrera funcional.

parecer voces en pro de una mayor funcionalidad para que se desgaje la Administración Penitenciaria del elemento militar.

El *Real Decreto de 3 de junio de 1901* establecía en su exposición de motivos que el uso del “*sistema progresivo irlandés* que debe implantarse en todas las prisiones destinadas al cumplimiento de penas aflictivas y correccionales”¹²⁰. Seguía diciendo esta exposición de motivos que el uso de este sistema “a fin de que vayan poco a poco despertando en su conciencia (los penados) el arrepentimiento de la culpa, y en su corazón el propósito de tornar a la honradez, preparándoles para la vida libre a medida que se acerque el fin de su condena”¹²¹. Hasta este momento la norma penitenciaria vigente que se venía aplicando de forma generalizada era la citada Ordenanza de 1834, pero la publicación este Real Decreto no significó que el sistema progresivo se aplicase en todos los establecimientos penitenciarios. Cadalso manifestó que no se aplicó “por la imposibilidad material en su ejecución no se preceptuó el progresivo para las prisiones sin celdas y por imposibilidad legal no se llegó en éste a su último desarrollo, la libertad condicional”¹²².

El sistema progresivo estaba dividido en los siguientes periodos¹²³:

- *Periodo celular*. Duraba de siete a doce meses según la duración de la pena, que podía reducirse a la mitad por buena conducta.

- *Periodo industrial y educativo*. Vida en común diurna y aislamiento nocturno. Este periodo se alcanzaba cuando se cumplía la mitad de la condena y tiene su antecedente en el

¹²⁰ ARANDA CARBONELL, M^a. J., *Reeducación y reinserción social...*, *op. cit.*, pág. 48

¹²¹ RODRÍGUEZ ALONSO, A. y RODRÍGUEZ AVILÉS, J. A., *Lecciones...*, *op. cit.*, pág. 236

¹²² FIGUEROA NAVARRO, M^a C., *op. cit.*, pág. 81

¹²³ CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho...*, *op. cit.*, 1^a Ed., 2001, pág. 68; 2^a Ed. 2006, pág. 83; 3^a Ed. 2012, pág. 46

sistema progresivo del Coronel Montesinos, siendo precedentes ambos del *periodo de seguridad* introducido por el artículo 36.2 del Código Penal tras la reforma de la LO 7/2003 de Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las penas.

- *Periodo intermedio*. Vida en común con trabajo menos penoso y más comunicaciones.

- *Periodo de gracia y recompensas*, donde se preveía la propuesta de indulto, al no estar reconocida la libertad condicional¹²⁴ en nuestra legislación penal. Se les destinaba a servicios que hubieran de ejecutarse fuera del establecimiento o cuyo trabajo estuviera mejor retribuido. Esta situación se prolongó hasta el 23 de diciembre de 1914, fecha en que se estableció en España la libertad condicional.

Los dos primeros periodos, según **García Valdés**¹²⁵, tienen sus antecedentes en la fase de trabajo y la libertad intermedia del sistema del Coronel Montesinos, implantado por el mismo con buen éxito en Valencia. Por tanto, el trabajo va ser uno de los grandes medios para potenciar la buena conducta del penado en prisión y con el tiempo se convertirá en un elemento fundamental del tratamiento penitenciario.

Para diferenciar en que periodo se encontraba cada penado ya no se usaban argollas o hierros sino galones de distintos colores. Este Real Decreto establecía la separación de los penados primarios de los reincidentes, por la naturaleza y gravedad de los delitos. Podemos apreciar un nuevo intento de realizar una clasificación penitenciaria.

El Real Decreto de 3 de junio de 1901, reconoce como ideal dentro del régimen penitenciario *el sistema progresivo de Crofton*, aunque dice únicamente donde sea posible, implantando como supletorio el de la clasificación. Su gran

¹²⁴ RODRÍGUEZ ALONSO, A., *Lecciones...*, *op.cit.*, 1ª Ed., pág. 270; 3ª Ed. pág. 293

¹²⁵ GARCÍA VALDÉS, C., *Del presidio ala cárcel modular*, Madrid, 1997, pág. 40.

impulsor fue Fernando Cadalso como ratificara el mismo¹²⁶ y el redactor de su exposición de motivos, el ministro Julián García San Miguel, afirma que busca la reorganización penitenciaria siguiendo el modelo progresivo irlandés.

Este Real Decreto de 3 de junio de 1901 se caracteriza porque se recogían los principios de ciencia penitenciaria y los métodos de aplicación seguidos en los países más adelantados en el campo de la reforma penitenciaria.

Se hacen presentes en este texto legislativo las doctrinas correccionalistas españolas, con autores como Lastres, Cadalso, Concepción Arenal y otros, partidarios de configurar el régimen penitenciario español dentro del sistema progresivo. Constatado el éxito del Coronel Montesinos, en el Presidio Correccional de Valencia, que se caracterizaba por el cumplimiento en distintas fases de la pena de prisión, de manera que la conducta favorable del interno propiciaba su evolución hacia fases de cumplimiento más benignas, pero desde un periodo inicial en el régimen cerrado más estricto.

Una reforma en la visión general de la materia fue realizada por el Real Decreto de 10 de Mayo de 1902.

El Real Decreto de 18 de Marzo de 1903, establece que los fines de la pena son exclusivamente evitar el delito, aplicando a los delincuentes un tratamiento reformador. Subyace en este texto, tal como destaca **García Valdés**¹²⁷, las ideas tutelares de Rafael Salillas y Pedro Dorado Montero. También cuenta con especial interés el Reglamento de Servicios de Prisiones establecido por el Real Decreto de 5 mayo de 1913,

¹²⁶ CADALSO y MANZANO, F., “Informe del negociado de inspección y estadística. En expediente general para preparar la reforma penitenciaria”. Dirección General de Prisiones, Madrid, 1904, págs. 43-44.

¹²⁷ GARCÍA VALDÉS, C., *Del presidio...*, op.cit., pág. 43: “Esta norma es realmente revolucionaria para el momento. Hasta su lenguaje, su expresión es de otra época, por venir, Chocante en la modernidad. Orientada a horizontes diversos de la ejecución con posos, que hasta ahora, se configuraba legalmente”.

sobre el que **De la Cuesta Arzamendi**¹²⁸ advierte métodos de gestión penitenciaria cooperativistas en los sistemas de trabajo acordados. La Administración de la prisión así podía desarrollarse por contrata o por cuenta propia de los reclusos, y en tal caso individual, colectiva o cooperativamente.

Entre los Reales Decretos de 1901 y 1903 se encuentran las personalidades de los dos grandes penitenciaristas del momento, Rafael Salillas y Fernando Cadalso. Mientras el primero se inclina hacia un sistema progresivo entendido como un sistema progresivo rígido y regimental; el otro, Rafael Salillas, se inclina hacia un sistema más parecido a la individualización científica, pero con ciertas connotaciones tutivas¹²⁹.

El Real Decreto de 10 de mayo de 1902 clasifica las prisiones españolas según la gravedad de la pena: las más graves se cumplirán en África (situación que perdurará hasta 1907)¹³⁰

El *Real Decreto de 5 de mayo de 1913* contiene toda la materia penitenciaria hasta la fecha siendo considerado como un *verdadero Código penitenciario*¹³¹, al ser el primero que recoge de forma global todas las materias¹³² si bien para Cadalso era un agregado de disposiciones antiguas y modernas que duraron poco tiempo. De este Real Decreto también hay que destacar la clasificación de las prisiones en centrales, provinciales, de partido y destacamentos penales. Las centrales se dividían para

¹²⁸ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., “Sistema cooperativo” en *Comentarios a la legislación penal*, (Dir. MANUEL COBO DEL ROSAL, Coord. MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ, Tomo VI, Vol.1º, Madrid, 1986, pág. 495.

¹²⁹ ROLDÁN BARBERO, H., *Historia de la prisión en España*, Barcelona. 1988, pág. 118. Afirma que: “ambos autores son los faros colosales de nuestra ciencia penitenciaria”

¹³⁰ GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios...*, *op.cit.*, pág. 3

¹³¹ GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual...*, *op. cit.*, pág. 172

¹³² CERVELLÓ DONDERIS, V. *Derecho...*, *op. cit.*, 1ª Ed., 2001, pág. 68; 2ª Ed., 2006, pág. 83; 3ª Ed. 2012, pág. 46

hombres, mujeres, jóvenes y sexagenarios. La clasificación de este sistema obedecía a dos criterios: la separación dentro de los penados de los reincidentes o penados por varias condenas. La formación de los grupos que fueran posible dentro de una misma prisión en atención a la valoración del delito, la pena, la conducta personal, e incluso llega a destacar la conveniencia de individualizar el tratamiento¹³³.

Este Real Decreto ordenaba que siempre que fuese posible y lo permitiesen las condiciones del edificio, se establecía el progresivo (se le deja de denominar como “irlandés o de Crofton”) como sistema al que debía sujetarse el régimen de las prisiones destinadas al cumplimiento de penas. Los periodos en que se dividía continuaban siendo los mismos que el del Real Decreto de 1901, se preveía que en los centros donde la falta de celdas imposibilitaba la aplicación del progresivo, se debía seguir el sistema de clasificación, quedando este configurado de igual manera a la prevista en aquélla norma¹³⁴.

Con la *Ley 23 de julio de 1914* se institucionaliza legal y definitivamente la libertad condicional¹³⁵ en España, que ya era muy conocida y aplicada en otros países¹³⁶, si bien el Real Decreto de 17 de marzo de 1901 autorizaba la aplicación de la misma para los menores de edad.

Con la ley de libertad condicional y la implantación del Reformatorio de Ocaña por un Decreto de 1914, donde se crearon 216 celdas para el cumplimiento del primer periodo del el sistema progresivo, quedó consolidado en el penitenciarismo español este sistema¹³⁷.

¹³³ NISTAL BURÓN, J., "Clasificación de los internos...", dentro de *Derecho y prisiones hoy*, Cuenca., 2003, pág. 83

¹³⁴ ARRIBAS LÓPEZ, E., *Régimen...*, *op. cit.*, pág. 43

¹³⁵ FIGUEROA NAVARRO, M^a C., *op. cit.*, pág. 81

¹³⁶ RENART GARCÍA, F., *La libertad condicional...*, *op. cit.*, pág. 38

¹³⁷ ROLDÁN BARBERO, H., *op. cit.*, pág. 120

La adscripción del Código Penal de 1928, bajo la sombra del dictador de Miguel Primo de Rivera, al “*sistema progresivo*” para el cumplimiento de las penas privativas de libertad, sistema que va a perdurar en el Código Penal republicano de 1932 y el dictado bajo la sombra del régimen franquista de 1944 consagra, a juicio de Conde Pumpido¹³⁸, como un país avanzado que empieza a producir sus propias normas.

El *Reglamento Penitenciario de 24 de diciembre de 1928* se aprueba para adaptarlo al Código penal de ese mismo año que recogía el sistema progresivo pero de forma incompleta en su artículo 171 refiriéndose al periodo inicial de cumplimiento (de aislamiento) y al final (de la libertad condicional), señalando que los límites cronológicos de los mismos se deberían establecer vía reglamentaria. Este reglamento sólo estuvo vigente durante dos años hasta un nuevo Reglamento de 14 de noviembre de 1930, el cual se aplicará hasta 1948 año en que se aprobó otro reglamento.

El Reglamento de Servicio de Prisiones de 14 de Noviembre 1930 determina con gran minuciosidad todo lo referente a deberes y atribuciones, ingreso y ascenso, posesiones, traslados y licencias, recompensas y correcciones a los funcionarios de los servicios de prisiones. Técnicamente es duramente censurado por **Giménez Salinas**¹³⁹. En cuanto a los métodos de gestión laborales admite que se realice por contrata o por cuenta propia o de forma cooperativa, pero, como señala **De la Cuesta Arzamendi**¹⁴⁰, constituye una novedad en relación al de 1913 que prohibía la contratación colectiva.

¹³⁸ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Derecho Penal. Parte General*. Madrid. 2004. Pág. 582.

¹³⁹ GIMÉNEZ SALINAS, E. “Autonomía del derecho Penitenciario”, *Cuadernos de derecho judicial*, N.º. 33, 1995 (Ejemplar dedicado a: Derecho penitenciario), págs. 67-104, pág. 73.

¹⁴⁰ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. “Sistema cooperativo” en *Comentarios a la legislación penal*, Dir. MANUEL COBO DEL ROSAL, Coord. MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ, Tomo VI, Vol.1º, Madrid, 1986, pág. 495. *La contrata, cuenta propia o cooperativa funcionaba en defecto de que existieran talleres en los centros penitenciarios*. Y GARCÍA VALDÉS,

Durante la Segunda República merece especial consideración la labor humanizadora (llevada a cabo, por ejemplo, la supresión de hierros y grilletes) y el intento de sistematización en esta área elaborada por la Directora General de Prisiones Victoria Kent. Esta fue la primera mujer Directora General de Prisiones, que dio un giro trascendental en la concepción del cumplimiento de pena de prisión dando mayor importancia a la prevención especial de la rehabilitación sobre el castigo retributivo. El Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1932 elaborado siendo ella Directora General de Prisiones, trató de humanizar la ejecución de la pena con distintas reformas: se reconoce la libertad de conciencia de los reclusos, el derecho a recibir prensa del exterior, mejora la alimentación y desaparecen los grilletes, hierros y cadenas¹⁴¹. Este reglamento establecía la subdivisión de las prisiones centrales en comunes y especiales, estas últimas podían ser para jóvenes, ancianos, enfermos, incorregibles y mujeres. Se seguía aplicando el sistema progresivo, reduciendo el primer periodo a quince días, de los cuales sólo ocho en aislamiento celular absoluto¹⁴². La libertad condicional estaba regulada de forma muy detallada. Para **Garrido Guzmán** este Reglamento es técnicamente superior a los anteriores con algunos retoques que revelan una acentuación del sentido humanitario, pero carece de grandes innovaciones con respecto a sus antecesores¹⁴³.

En el *Código penal de 1932* se establecía que la pena debe estar “ordenada a la defensa social, con predominio de la prevención general y proporcionada a la gravedad del delito”. En este Código en la Base 12ª determinaba: “Las penas privativas de libertad se ejecutarán conforme la sistema progresivo, teniendo por últimos periodos el de libertad

C., *Teoría de la pena*”, 3ª Ed. Madrid, 1985, pág. 101. También en GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la legislación penal: Ley Orgánica General Penitenciaria*”, Madrid, 1986, pág. 4

¹⁴¹ CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho...*, *op. cit.*, 3ª Ed. 2012, pág. 46

¹⁴² ARANDA CARBONELL, Mª. J., *op. cit.*, pág. 48

¹⁴³ GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual...*, *op. cit.*, pág. 174

intermedia y del de libertad condicional. La Administración penitenciaria podrá reducir la condena en caso de relevante corrección. La ejecución de la pena se propondrá la reforma del delincuente”.

Durante la II República se aprecia un espíritu humanista en varias disposiciones carcelarias, como el *Decreto de 22 de marzo de 1932* que concedía la libertad condicional a los septuagenarios con buena conducta que ofrecían garantías de hacer vida honrada en libertad.

Después de la Guerra Civil la ejecución de la pena se endurece con el nuevo *Código penal de 1944*, esta tendencia fue así recogida en el *Reglamento de 5 de marzo de 1948*. **Garrido Guzmán** resalta que en este reglamento destacan los criterios severos y autoritarios recogidos en el Código penal de 1944 aunque introdujo la redención de penas por el trabajo que tenía su antecedente inmediato en la Orden de 14 de marzo de 1939, y defendía que la finalidad de la pena era simplemente aflictiva, y, en todo caso, la condena debía servir para conseguir la “*regeneración moral*” y la “*redención evangélica*” de los penados¹⁴⁴. En esta misma línea se manifiesta **Herrero Herrero**¹⁴⁵. Esta ideología autoritaria fue recogida en el Reglamento Penitenciario de 1948 que establecía una disciplina causi-militar, sanciones severas, escasas comunicaciones y establecimientos totalmente deficientes¹⁴⁶. En su artículo primero establece: “Las Instituciones Penitenciarias que este Reglamento se regulan, constituyen Centros destinados no sólo a la retención y custodia de los detenidos, presos y penados, sino también, y primordialmente a realizar sobre ellos una labor transformadora y *redentora*, con arreglo a los principios y orientaciones de la Ciencia Penitenciaria”. Como vemos entre los medios de reinserción social se mezclan los métodos

¹⁴⁴ GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual...*, *op. cit.*, pág. 176

¹⁴⁵ HERRERO HERRERO, C., *op. cit.*, pág. 499

¹⁴⁶ CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho...*, *op. cit.*, 1ª Ed., 2001, pág. 69; 2ª Ed., 2006, Pág. 84; 3ª Ed. 2012, pág. 47

científicos con la religión católica¹⁴⁷. Como dice **Gimbernat Ordeit** se produjo “*la infiltración del pensamiento católico más reaccionario en los distintos tipos de penales*”¹⁴⁸.

Por tanto, en el Reglamento de 1948, que restablece el sistema progresivo de ejecución de las penas ya implantado por normas anteriores¹⁴⁹, se indica que la regeneración es posible mediante el tratamiento penitenciario que debía estar fundamentado en los principios del cristianismo, entendiéndose que éstos alejarán a los penados de nueva reincidencia en el delito. Pero el tratamiento se confunde con el régimen, siendo parte del mismo. Se indicaba en este reglamento la necesidad de realizar informes penológicos, biopsicológicos, sociales, morales, etc; pero estos datos para la clasificación penitenciaria sólo eran aportados por el director, subdirector, capellán, médico y maestro del establecimiento, es decir, no había en aquellos momentos el personal especializado en las ciencias de la conducta necesario para realizar el estudio científico del penado que demandaba este reglamento. Los citados profesionales se reunían los días 1, 10 y 20 de cada mes formando la Junta de Régimen y Administración para decidir la clasificación penitenciaria de los internos, este órgano colegiado estará vigente hasta el Reglamento Penitenciario de 1996 que será sustituida por la Junta de Tratamiento. Por todo ello el tratamiento penitenciario propiamente dicho, como derecho del recluso, seguirá ausente de los establecimientos penitenciarios¹⁵⁰.

Este Reglamento de 1948 clasificaba las prisiones centrales las clasificaba en político-sociales y de delito común, éstas a su vez se dividían en para delitos contra la propiedad y

¹⁴⁷ En el mismo sentido se pronuncia ARANDA CARBONELL, M^a. J., *op. cit*, pág. 22

¹⁴⁸ GIMBERNAT ORDEIT, E., *Introducción a la Parte General del Derecho Penal español*. Madrid, UCM, 1979, pág. 20

¹⁴⁹ NISTAL BURÓN, J., *El penitenciarismo español desde la Constitución de Cádiz de 1812 al siglo XXI*, Madrid, 2012, pág. 25

¹⁵⁰ HERRERO HERRERO, C., *op. cit*, pág. 501

delitos contra las personas. También establecía prisiones centrales para jóvenes hasta veinticinco años, de adultos hasta treinta y dos, y de edad madura hasta los setenta años; para los mayores de esta edad se crean prisiones especiales. Igualmente se establecen prisiones especiales para multirreincidentes, inadaptados, hospitales, sanatorios para tuberculosos y psiquiátricos. El destino a cada prisión se basaba, sobre todo, en tres criterios: edad, sexo y peligrosidad del sujeto.

El sistema de ejecución de penas, como establecía el art. 84 del Código Penal seguirá siendo el progresivo que estaba dividido en régimen cerrado, ordinario, abierto y libertad condicional. La única novedad es que el primer periodo ha de cumplirse sólo por los penados a quienes le falten más de tres años para la libertad en la Prisión Central de Observación. El artículo 56 del citado Reglamento establece los periodos: observación y preparación del delincuente para su educación penitenciaria posterior, actividad laboral, readaptación social del delincuente y preparación para la vida en libertad mediante la libertad condicional.

El *Reglamento de los Servicios de Prisiones de 2 de febrero de 1956* supuso un avance técnico manifiesto¹⁵¹, siendo su principal novedad la adaptación general a las Reglas Mínimas de Ginebra de 1955, regulando expresamente los derechos y deberes de los reclusos¹⁵², estará en vigor hasta el Reglamento de 8 de mayo de 1981, abandonó las connotaciones religiosas¹⁵³ e introdujo cierta *moderna filosofía penitenciaria* en el ordenamiento penitenciario español pero no muestra progresos apreciables en torno a la clasificación penitenciaria¹⁵⁴ que seguía estableciendo el sistema progresivo objetivo que lo dividía en régimen cerrado, régimen ordinario, régimen abierto y libertad condicional; por todos estos regímenes de clasificación debían

¹⁵¹ NISTAL BURÓN, J., *El penitenciarismo...*, *op. cit.*, pág. 67-104

¹⁵² GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual...*, *op. cit.*, pág. 178

¹⁵³ ARANDA CARBONELL, M^a. J., *op. cit.*, pág. 22

¹⁵⁴ HERRERO HERRERO, C., *op. cit.*, pág. 505

pasar todos los penados para poder alcanzar la libertad definitiva (como podemos comprobar en este reglamento los diferentes tipos de régimen de vida ya reciben la misma denominación que los actuales). Para pasar del régimen ordinario al abierto era necesario haber extinguido la cuarta parte de la pena, y para la libertad condicional las tres cuartas partes¹⁵⁵.

En este reglamento todavía no se hacía referencia al tratamiento penitenciario¹⁵⁶, pero se da gran importancia a la disciplina, la religión la instrucción y el trabajo penitenciario, este último para fomentar el hábito al mismo como medio de reinserción social. El art. 51 de este Reglamento al regular el régimen abierto establece: “El tercer periodo lo constituye la reeducación social del delincuente y su preparación para la vida en libertad. La aplicación asidua al trabajo, la observación habitual de buena conducta y el haber completado la instrucción religiosa y elemental se estimarán como indicios de readaptación progresiva”. Como vemos se continúa con la misma línea del Reglamento de 1948 al considerar la religión cristiana como medio de regeneración moral.

En su artículo primero este Reglamento establece, además de los fines de retención y custodia, que las Instituciones Penitenciarias deben con arreglo a los principios y orientaciones de la Ciencia Penitenciaria, respetando la personalidad humana de los reclusos así como los derechos e intereses jurídicos no afectados por la condena, realizar sobre los penados una labor reformadora. Aquí se introduce, aunque sólo sea a nivel teórico, el principio de respeto a la dignidad personal a la hora de aplicar el tratamiento penitenciario.

Este reglamento construye el sistema normativo que responde a criterios de la moderna ciencia penitenciaria, dando un talante administrativo –rehabilitador a nuestra legislación pero ampliamente mejorable, dado que nos encontramos la

¹⁵⁵ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Suspensión, sustitución y ejecución de las penas privativas de libertad*, Granada, 2008, pág. 211

¹⁵⁶ ARANDA CARBONELL, M^a J., *op. cit.*, pág. 46

oscuridad en relación a los derechos fundamentales de los internos que empaña la regulación. Sufrió dos importantes modificaciones parciales.

En la Orden del Ministerio de Justicia de fecha 22 de septiembre de 1967, que crea la Central de Observación, aparece por vez primera en nuestro ordenamiento el trinomio “observación, clasificación y tratamiento” núcleo del sistema de individualización científica¹⁵⁷, y para poderse plasmar esta nueva realidad era necesario eliminar la rigidez del sistema penitenciario español, y por ello fue flexibilizada debido a que la reforma del *Código Penal de 1963* lo requería y para ello se modificó el art. 48 del Reglamento de 1956 por el *Decreto 162/1968, de 25 enero* que permitía la posibilidad de la clasificación directa en segundo grado (régimen ordinario) sin pasar por el primero¹⁵⁸ (régimen cerrado) dependiendo de la personalidad del penado. Podemos citar como antecedente de este nuevo sistema de clasificación la propuesta que hizo en su día Concepción Arenal que para romper la rigidez del sistema progresivo establecía un *periodo de prueba*, y en función del mismo comportamiento podían acceder directamente a la clase de *mérito* o al de *corrección*, y por último al de *confianza* todo ello fundado en su comportamiento¹⁵⁹. Está claro que este precedente era poco científico pues se basaba sólo en la conducta pero es muy importante por tratar de implantar un sistema menos objetivo y más flexible.

La reforma de 1968 del Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1956 daba luz a un sistema nuevo, que abandona el sistema progresivo o de *Crofton* sustituyéndolo por un sistema de individualización científica –aunque no se autodenomina de esta manera- cuyo nervio central viene a constituirse en el sistema de clasificación, dividido en grado, como modelo de asignación de diversos regímenes de donde se desenvuelve el cumplimiento

¹⁵⁷ ARANDA CARBONELL, M^a J., *op. cit.*, pág. 48

¹⁵⁸ CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho...*, *op. cit.*, 1^a Ed., 2001, pág. 28; 2^a Ed., 2006, pág. 84; 3^a Ed. 2012, pág. 47

¹⁵⁹ FIGUEROA NAVARRO, M^a C., *op. cit.*, pág. 91

material de las penas privativas de libertad. Por tanto, se implanta el sistema de clasificación, apoyándose en la concepción clínica o terapéutica social del tratamiento penitenciario como motor ideológico¹⁶⁰ del régimen general de la prisión.

Según la Exposición de Motivos del indicado Real Decreto. “*se establecen tres grados en el tratamiento además del la libertad condicional*”. Con esta reforma se da al régimen de los establecimientos penitenciarios en su art. 5 el nombre que reciben actualmente de: régimen cerrado, régimen intermedio y régimen abierto. También modifica el art. 48 que pasa a dividir el sistema progresivo mencionado en el art. 84 CP en cuatro grados, estableciendo con ello un nuevo y peculiar sistema, precedente del de individualización científica:

- Reeducación del interno: se cumple en establecimientos de régimen cerrado.
- Readaptación social: se cumple en establecimientos de régimen intermedio.
- Prelibertad: se cumple en establecimientos de régimen abierto. Por tanto con esta reforma se introduce en nuestra legislación penitenciaria la prisión abierta¹⁶¹.
- Libertad condicional.

Los tres primeros grados se corresponden, respectivamente, con los establecimientos de régimen cerrado, intermedio y abierto, previstos en el art. 5. El tercer grado, denominado de prelibertad, deja abierta las posibilidades de una novedosa prisión abierta¹⁶².

Siempre que el sujeto demuestre estar en condiciones para ello, podrá ser situado inicialmente en grado superior (segundo o

¹⁶⁰ FERNÁNDEZ ÁREVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., *Manual...*, *op. cit*, pág. 211

¹⁶¹ MIR PUIG, C., *op. cit*, pág. 52

¹⁶² FERNÁNDEZ ÁREVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., *Manual...*, *op. cit*, pág. 212

tercero), salvo el de libertad condicional, sin tener que pasar necesariamente por el primero¹⁶³.

La evolución en el tratamiento determinará una nueva clasificación del interno con su consiguiente propuesta de traslado al establecimiento que corresponda, o, dentro de la misma institución, el que pase una sección de régimen cerrado a otra de régimen intermedio o abierto, o viceversa.

La progresión en el tratamiento dependerá de la personalidad del interno y de su conducta activa, y entrañará un acrecentamiento de la confianza depositada en el mismo y la atribución de responsabilidades cada vez más importantes que implicarán una mayor libertad.

La regresión de grado procederá cuando se aprecie en el interno oposición o resistencia al tratamiento o falta de colaboración que implique una evolución desfavorable de la personalidad del mismo

Con esta nueva regulación los grados dejan de ser periodos temporales determinados y además el primer periodo ya no es necesario pasarlo en aislamiento absoluto como sucedía anteriormente¹⁶⁴. A partir de ahora el tratamiento se basa fundamentalmente en el estudio científico de la personalidad del sujeto, y la progresión en el mismo se hace depender de la conducta activa del interno, entrañando un acrecentamiento en el grado de confianza en él depositado y la atribución de responsabilidades cada vez más importantes que habrán de comportar una mayor libertad.

Este Decreto de 1968 introduce en nuestro sistema penitenciario el *tratamiento criminológico*, basado en el estudio de la personalidad del interno, si bien no lo definía¹⁶⁵, y será precedente del sistema de individualización científica que se establecerá con la Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979.

¹⁶³ CERVELLÓ DONDERIS, V. *Derecho...*, op. cit. 1ª Ed., 2001, pág. 72

¹⁶⁴ GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual...*, op. cit, pág. 181

¹⁶⁵ HERRERO HERRERO, C., op. cit, pág. 508

Este sistema está orientado a la reforma del penado, recogiendo las nuevas soluciones que la moderna Ciencia Penitenciaria ofrece, aplicando métodos nuevos a los complejos problemas de reeducación y readaptación social de los delincuentes¹⁶⁶. Como consecuencia de ello se crean los Equipos de observación y tratamiento, compuestos por especialistas de las ciencias criminológicas y de la conducta. También se instituye la Central Penitenciaria de Observación en Madrid.

Con esta reforma se establece un régimen penitenciario general más flexible y humano, y por tanto la clasificación penitenciaria debe estar basado en la personalidad individual del interno, lo cual supone que el penado puede ser situado de entrada en cualquiera de los tres primeros periodos de cumplimiento (por tanto excluida la libertad condicional), sin tener que empezar necesariamente por el aislamiento. En esta reforma se regulan los establecimientos abiertos, se potencia la educación intensa de los jóvenes. Sólo aumenta el riguroso control en los establecimientos de régimen cerrado.

A cada grado de clasificación penitenciaria, dentro del sistema progresivo, le asigna un régimen de vida y establece la finalidad de cada uno de ellos:

- Primer grado. Régimen Cerrado. Su finalidad es el "cambio de actitud inicial de oposición del sujeto hacia su tratamiento". Como vemos, parece que se trata de imponer un tratamiento obligatorio, con lo cual se indica que el rechazo al mismo puede dar lugar a una clasificación en primer grado hasta que el penado reconsidere su actitud y lo acepte. Por ello decíamos anteriormente que el respeto a la dignidad personal recogido en este reglamento es más bien teórico que pragmático. Evidentemente esta *coacción* al tratamiento la consideramos totalmente fuera de lugar, toda la doctrina acepta que un tratamiento impuesto no es eficaz.
- Segundo grado. Régimen intermedio. Su objetivo es "lograr la mayor dosis de aquiescencia y colaboración del interno en

¹⁶⁶ GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual...*, *op. cit.*, pág. 178

su propio tratamiento". Por tanto esta dirigido a "conseguir un perfeccionamiento de sus aptitudes y modificación de las actitudes negativas. Se indica la conveniencia de que en este grado el tratamiento sea voluntario y no impuesto.

- Tercer grado. Régimen abierto. Para quienes, bien inicialmente o bien por la evolución del tratamiento a que fueron sometidos estén en condiciones de vivir en régimen de semilibertad. El régimen abierto descansará sobre la plena confianza merecida por el interno, en el sentido de la propia responsabilidad y la aceptación voluntaria de la disciplina, a cuyo efecto será instruido previamente de las condiciones y régimen del establecimiento, para que él manifieste si las acepta y se compromete a observarlas. La situación propia de este grado de tratamiento permitirá al interno moverse sin vigilancia tanto en el interior de la institución como en las entradas y salidas para ir a su trabajo con un régimen de vida que se acercará en lo posible a la que ha de llevar en libertad. Se cuidará de la formación profesional del interno, bien dentro del propio establecimiento o bien mediante su asistencia a centros de enseñanza y de formación profesional no penitenciaria y se cuidará de que consiga un puesto de trabajo o empleo adecuado a sus aptitudes en alguna empresa de la localidad, en las mismas condiciones que las de los trabajadores libres que en ella trabajen. La finalidad del mismo es, como dice **Herrero Herrero**¹⁶⁷, luchar para que la anterior actitud constructiva, que debe venir desenvolviéndose ya en un clima de confianza, no sufra retrocesos.
- Cuarto grado. Libertad condicional. Según el art. 58 la vigilancia del liberado condicional será de ayuda al mismo para vencer sus propias dificultades "irá paulatinamente disminuyendo hasta cesar el día en que el liberado haya dado pruebas evidentes de equilibrio moral y de que su reinserción social es plena". Aquí se confunde el tratamiento

¹⁶⁷ HERRERO HERRERO, C., *op. cit*, pág. 509

con la moral, reminiscencia todavía de la legislación franquista.

Al ser considerado el tratamiento como *continuo y dinámico*, dependiendo la evolución de la personalidad del interno durante la ejecución de la pena puede variar su grado de clasificación penitenciaria. Por tanto la progresión-regresión en el tratamiento debe estar basada en elementos objetivos y subjetivos. Una "evolución desfavorable de la personalidad" (art. 48.7) dará lugar a la regresión de grado, y, por tanto si es favorable se procederá a su progresión.

Es oportuno destacar la importancia en el programa de tratamiento que se da a la instrucción, a la formación profesional y a la enseñanza religiosa; si bien se flexibiliza el tema religioso, al indicar que los internos no estarán obligados a "recibir enseñanza de una religión que no procesen". Esto parece dejar entrever que si se procesa una determinada religión sí que deben recibir la enseñanza de la misma (de hecho, oír misa los domingos y fiestas era obligatorio para los católicos)

Otro factor importante es que a partir de ahora el régimen general penitenciario queda subordinado, al menos teóricamente, al tratamiento penitenciario, como también se recogerá en la LOGP de 1979. Por tanto esta ley no vino a instaurar sino dar simples ajustes a un modelo que embrionariamente ya se había instaurado en 1968¹⁶⁸.

Como hemos visto, el citado Decreto de 1968 modificó determinados artículos del Reglamento Penitenciario de 1956, haciendo referencia en su Exposición de Motivos a la necesidad de mejoras técnicas que recogiesen "métodos nuevos a los complejos problemas de reeducación y readaptación social de los delincuentes; lo cual resulta aconsejable incorporar a nuestro sistema", aludiendo posteriormente a la necesidad de ordenar un tratamiento penitenciario basado fundamentalmente en el estudio científico de la personalidad del sujeto. Estudio que "se

¹⁶⁸ FERNÁNDEZ ÁREVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., *Manual...*, *op. cit.*, pág. 213

encomienda a unos servicios cualificados, integrados por equipos, bajo cuyo impulso actuarán todos los funcionarios de la plantilla".

Esta reforma parcial del Reglamento de Servicios de Prisiones de 1956 introduce conceptos relacionados con el tratamiento penitenciario, fijando normas sobre observación, clasificación y tratamiento de los internos, y como consecuencia de ello su art. 11 asigna esta labor a "equipos de funcionarios penitenciarios especializados en la utilización de técnicas de observación". Como ya hemos indicado, desde el punto de vista de la práctica penitenciaria estos Equipos estaban formados inicialmente por el Director, el Subdirector, un Capellán, un Médico y un Maestro.

Ley 39/70 de 22 de Diciembre de Reestructuración de los Cuerpos Penitenciarios surge ante la necesidad de dotar a los Equipos creados por la citada reforma de 1968 para llevar a cabo la labor de observación, clasificación y tratamiento siendo necesario un personal más cualificado, por ello esta ley en su prólogo recoge que había de contarse con los oportunos cuadros de especialistas para aplicar las "nuevas técnicas de observación y tratamiento y las correspondientes a una adecuada asistencia social, como complemento necesario de aquellas".

En el art. 1 de esta ley se declara la creación de un nuevo colectivo bajo la denominación "Cuerpo Técnico de Instituciones Penitenciarias", cuyas funciones según el art. 2 serán las propias de su especialidad en materia de observación, clasificación y tratamiento de los internos, así como la dirección e inspección de las Instituciones y Servicios Penitenciarios.

La nota más característica de este Cuerpo Técnico será desde el principio su diversidad, pues aunque se trata de un solo cuerpo los miembros del mismo proceden de diversos ámbitos académicos y científicos: jurídico, de la conducta e incluso médico. Según el art. 2 de la ley las especialidades son: Criminología, Psicología, Pedagogía, Psiquiatría, Endocrinología, Sociología y Moral. Con la inclusión de esta última especialidad se podía seguir viendo la influencia moral-religiosa en el tratamiento penitenciario, pero esta plaza nunca se cubrió.

Para la puesta en funcionamiento de estos Equipos multidisciplinares compuestos por titulados universitarios de las ramas de citadas (que debían ser Juristas en el caso de la Criminología, si bien con el tiempo sucedió lo contrario, y actualmente sólo se exige la titulación de Licenciado en Derecho). Se estableció una dotación de 170 plazas a cubrir a lo largo de 11 años, previsión que se vería incrementada con el transcurso del tiempo llegando actualmente ha estar formada por unos quinientos profesionales, número totalmente insuficiente para llevar a cabo las tareas que tienen encomendadas estos profesionales.

El Real Decreto 2.273/1977 del Ministerio de Justicia de 29 de julio, dictado en plena transición política es considerado la *reforma-puente* entre la situación anterior (la dictadura franquista) y la futura democrática ley penitenciaria. Con esta reforma se establece que “en ningún caso se mantendrá a un interno en el primero o segundo grado cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión”, por tanto se flexibiliza el sistema progresivo¹⁶⁹ y como consecuencia se consolida el cambio del sistema progresivo al de individualización científica. El estudio individualizado de la clasificación del penado se realizará cada seis meses, como máximo, articulándose un recurso ante la Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

Este Real Decreto reafirmó esta nueva línea de flexibilidad pero seguía haciendo referencia al sistema progresivo¹⁷⁰ a que hacía mención el artículo 84 del *Código Penal de 1973*. De esta reforma podemos destacar:

- Un mayor control jurisdiccional de la ejecución de la pena
- Regulación de la libertad condicional
- La redención de penas por el trabajo
- Ampliación de las garantías de los internos

¹⁶⁹ NISTAL BURÓN, J., *El penitenciarismo...*, *op. cit.*, pág. 25

¹⁷⁰ CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho...*, *op. cit.*, 3ª Ed., 2012, pág. 47

- Mayores facilidades de comunicaciones, destacando la posibilidad de visitas íntimas (“vis a vis”)
- Permisos de salida hasta de una semana de duración
- Supresión celdas de castigo, sustituida por cumplimiento sanción en la celda propia
- Posibilidad de recurrir ante los Tribunales o la Dirección General de Instituciones Penitenciarias
- Regulación de los derechos y deberes de los internos
- Mayor participación de los reclusos en actividades culturales, deportivas y recreativas.

Según **Garrido Guzmán**¹⁷¹ la reforma de 1977 tuvo como objetivo fundamental introducir en la legislación penitenciaria española el *estatuto jurídico del interno* siguiendo las directrices de las Reglas Mínimas de Ginebra de 1955, revisadas por el Consejo de Europa en 1973, y del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de Nueva York de 1966, ratificado por España el 27 de abril de 1977.

Así pues, el sistema progresivo siguió en nuestra legislación hasta la derogación el 24 de mayo 1996 del Código Penal de 1973 que su artículo 84 establecía “Las penas ... se cumplirán según el sistema progresivo”.

Por tanto, podemos decir, que el sistema penitenciario español del siglo XX, desde el punto de vista tratamental, se ha caracterizado por el uso del sistema progresivo objetivo y rígido hasta la incorporación del sistema flexible de individualización científica dividido en grados recogido primero en la Reforma de 1968, continuada por la de 1977 y finalizada con n la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979 de 26 de septiembre de 1979, si bien el art. 72 del Proyecto de LOGP denominaba este nuevo sistema como progresivo, sin embargo, en la discusión parlamentaria, a propuesta del Grupo Parlamentario “Socialistes de Catalunya” fue sustituida la alusión al sistema progresivo,

¹⁷¹ GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual...*, *op. cit*, pág. 180

porque “no contempla el régimen abierto” por la expresión más acertada de sistema de individualización científica¹⁷². Como bien dice **Rodríguez Devesa** este es un nuevo sistema, que sigue la línea de los sistemas más avanzados de Europa¹⁷³, esencialmente el sueco, el alemán y francés¹⁷⁴, pero que tiene raíces peculiares españolas. Se caracteriza por una gran flexibilidad, ya que permite que el penado pueda ser situado inicialmente en cualquier grado, salvo el de libertad condicional. En los ascensos de un grado a otro no hay exigencia de tiempos mínimos, lo que permite según **Alarcón Bravo**, un amplio juego a la individualización¹⁷⁵.

Como veremos más adelante a comienzos del siglo XXI con la reforma de la LO 7/2003 de Cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, al introducir plazos temporales para acceder al tercer grado, se produce cierto retroceso hacia el sistema clásico progresivo objetivo y rígido. La LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal ha mantenido esta tendencia.

3. Antecedentes inmediatos

El sistema basado en la “recuperación del delincuente” mediante el trabajo, la disciplina, la convivencia ordenada, las rebajas en la duración de las condenas, la confianza y la autorresponsabilidad progresiva por medio de la clasificación en periodos aparece, aunque no en toda su extensión, en disposiciones legislativas en tiempos de Carlos III.

¹⁷² BUENO ARÚS, F., *Estudio preliminar de la Reforma penitenciaria española*, pág. 37 y 304.

¹⁷³ RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1982, pág. 94

¹⁷⁴ GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios...*, *op. cit.*, pág. 225

¹⁷⁵ ALARCÓN BRAVO, J., “El tratamiento penitenciario”. *Estudios Penales II. La reforma penitenciaria*. Santiago de Compostela, 1978, pág. 41

En España los primeros datos que se conocen sobre esta nueva práctica penitenciaria vienen referidos a la ciudad de Valencia donde en su fuero se recogía el servicio de malhechores en obras públicas¹⁷⁶.

Precedente histórico del régimen abierto fue la Ordenanza de Presidios arsenales de 20 de mayo de 1804 que propuso una rehabilitación – al menos en la letra- de estos presidios portuarios: hacía concesiones a la ideología correccional, que había ganado ya un cierto predicamento en los primeros años del siglo XIX; ideaba nuevos trabajos en talleres y en el exterior¹⁷⁷. El Reglamento general de presidios de 1807 estableció también la condena a obras públicas. La de obras públicas se aplicó con posterioridad a aquellos encarcelados que habían sido castigados a unos cuantos días de prisión.

En el primer Código penal de 1822 su sistema de encierros se basaba prioritariamente en el trabajo en obras reales y municipales. Las penas eran denominadas de trabajos forzados, de obras públicas y de presidio, respondían a un plan de expansión de caminos, canales y de mejoramiento de las ciudades y pueblos de España, al más bajo coste¹⁷⁸. Hasta el Código penal de 1848 el trabajo penal en obras públicas se mantuvo en efervescencia

Las generosas ideas del Coronel Montesinos con la implantación del sistema progresivo al frente del presidio de Valencia querían dar nuevo impulso a las obras públicas permitiendo las salidas al exterior de los reclusos para trabajar.

A mediados del siglo XIX surgió el “periodo intermedio” del régimen progresivo de Crofton, y la mayoría de los autores coinciden en que la prisión intermedia de Crofton constituye una verdadera prisión abierta y el antecedente directo de este

¹⁷⁶ BOIX, VICENTE, *op. cit.*, pág. 2

¹⁷⁷ ROLDÁN BARBERO, H., *op. cit.*, pág. 60

¹⁷⁸ ROLDÁN BARBERO, H., *op. cit.*, pág. 68

régimen¹⁷⁹ pero para Elías Neuman, éste es sólo uno de los precedentes del régimen abierto, sobre todo, cuando pasa a constituirse en el último o antepenúltimo peldaño del llamado régimen progresivo. Este autor manifiesta que hay antecedentes del régimen abierto en varios países que se vieron precisados a intentar paliar la superpoblación de penales murados mediante este nuevo régimen, otros lo acogieron por razones económicas para utilizar la barata mano de obra carcelaria, etc.

Con el régimen "*All'aperto*" (al aire libre), se rompe con el esquema clásico de la prisión cerrada. Aparece en Europa a fines del siglo XIX y se incorpora paulatinamente a todas las legislaciones de aquel continente y a América del sur. Se basa fundamentalmente en el trabajo agrícola y en obras y servicios públicos. Por ello en los países con numerosos campesinos recluidos, tuvo una acogida singular, tiene ventajas económicas y en la salud de los presos, por brindarles trabajos al aire libre, en tareas simples que no requieren especialización. El trabajo en obras y servicios públicos trae reminiscencia de la explotación a que se sometió a los presos y si bien se le modifica el ropaje sigue siendo una pena aplicada con espíritu retributivo y de venganza.

Todas estas características señaladas en el régimen de preliberación están basadas en aspectos humanistas y científicos para lograr una más efectiva readaptación social. Por una parte se pretende darle una mayor confianza y por otra ir rompiendo el abismo que existe entre la cárcel y el mundo exterior. De esta forma se le prepara para que participe más activamente con el núcleo social al que pertenecía, antes de ser privado de su libertad. Este régimen de prelibertad suele corresponder a la última etapa del sistema progresivo.

En Inglaterra existían desde hacía tiempo en Wakefield y Maidstone los "campos satélites" para 100 hombres donde se practicaba el régimen abierto o semiabierto. En Alemania hay antecedentes que datan del año 1880 cuando se crearon las

¹⁷⁹ GARCÍA BASALO, J.C., *El régimen penitenciario argentino*, Buenos Aires, 1975

“colonias penales para vagabundos”. Igualmente Dinamarca en 1899 inauguró la prisión de Gedhus de tipo abierta pero muy pequeña (entre 15-20 hombres). Pero el antecedente legislativo habitualmente señalado es el Código Penal de Italia de 1898, que organizó el régimen “*All’aperto*” para cierto tipo de condenados con finalidad moralizadora. Entre los antecedentes prácticos cabe mencionar a los establecimientos de Dusseldorf en Alemania, Dinamarca y sobre todo la notable experiencia del cantón de Berna (Suiza) con los establecimientos de Witzwil¹⁸⁰.

El régimen abierto, en un principio, fue muy discutido doctrinalmente por entender que reunía los males de las prisiones cerradas, por ello en el Congreso Penitenciario Internacional de 1885 fue acogido con poco interés y en el Congreso de París de 1896 apenas tuvo partidarios. Fue en el Congreso de Budapest de 1905, donde al abordarse específicamente el tema del trabajo en régimen abierto alcanzó un triunfo resonante puesto que se comenzó a plantearse en el mismo: ¿Con arreglo a qué principios y en qué forma podría autorizarse el empleo de los penados en trabajos agrícolas o en otros de utilidad pública al aire libre?. Casi todos los informes presentados expresaban una notoria confianza en su valor, recomendándolo para delincuentes de origen rural, vagabundos, alcohólicos y tuberculosos. En 1926 la Asociación Internacional de Derecho Penal volvió a incluir el tema del régimen abierto, y en el Congreso de Bruselas de ese año se decidió recomendarlo.

En 1950 en el Congreso Penal y Penitenciario de la Haya, el primer congreso celebrado después de la Segunda Guerra Mundial, el régimen abierto obtuvo una ratificación total. Por otra parte, ya se había incorporado en las legislaciones y prácticas penitenciarias para hacer efectiva la ejecución de la condena de gran número de penados¹⁸¹. Además este sistema está basado en un tratamiento especial para los internos próximos a recuperar la libertad, evitando una brusca entrada a la sociedad, se pretende acercar al preso a la sociedad, como

¹⁸⁰ NEUMAN, E., *Prisión abierta*, Buenos Aires, 1984, pág. 134

¹⁸¹ NEUMAN, E., *op. cit.*, pág. 135

indica, su nombre de forma progresiva. Para que esto se logre en forma científica, se debe contar con la acción de profesionales que deben aconsejar sobre la selección de las personas que pueden ir pasando de una fase a otra y la finalidad última debe ser una más efectiva readaptación social. Por una parte, se pretende darle al penado mayor confianza, y, por otra ir rompiendo el abismo que existe entre la prisión y el mundo exterior. De esta forma se le prepara para que participe más activamente con el núcleo social al que pertenecía, antes de ser privado de libertad.

El régimen abierto comenzó a aplicarse a nivel experimental a los delincuentes de menor peligrosidad: niños, jóvenes, vagabundos, ebrios, enfermos. Con posterioridad se aplicó a delincuentes primarios y ocasionales. Siempre se trató de enviar a régimen abierto a los penados después su observación y examen de sus aptitudes, pero se tuvo muy en cuenta su procedencia rural por entender que eran los más adaptados para vivir y trabajar en las colonias agrícolas de régimen abierto. Pero tras la Segunda Guerra Mundial los países europeos tuvieron que dar ocupación a miles prisioneros de carácter político (sediciosos, traidores y “colaboracionistas”), por ello se les ocupó en la construcción de obras públicas: edificios, puentes, carreteras, obras sanitarias, etc. Esto sirvió para desmasificar las prisiones y para que los penados aprendiesen diversos oficios que luego les serviría para integrarse en la economía nacional de cada país. Lo que si se llegó a comprobar que cuando los presos políticos fueron sustituidos por delincuentes comunes se producía merma en el trabajo, la producción y aumentaban las evasiones.

Entre los países en que el régimen abierto tuvo mayor aceptación legislativa y práctica fueron: Suiza, Alemania, Dinamarca, Suecia, Bélgica, Italia, Inglaterra, Rusia, Estados Unidos, Brasil, casi todos los países asiáticos y la Unión Sudafricana.

C. ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS DE TRABAJO

Tras la experiencia de **Montesinos** en el Presidio de San Agustín, principalmente debido a la entrada en vigor de la restrictiva legislación penal del XIX, el único vestigio de establecimiento abierto que se mantiene en nuestra legislación, son los destacamentos penales.

Este tipo de establecimientos penitenciarios, objeto de evolución constante hasta bien entrada la mitad del siglo XX, son modalidades de establecimientos caracterizados, más que por ser abiertos, porque las actividades que en ellos se realizan lo son al aire libre, tanto los trabajos forzados al aire libre en obras públicas como las obras y servicios públicos de interés general.

Los condenados en este tipo de establecimientos realizaban trabajos forzados al aire libre en obras públicas. Normalmente, salían a trabajar del establecimiento penitenciario del que dependían y, alojados en campamentos móviles durante el día, regresaban a pernoctar en el centro.

Aunque realizaban su actividad laboral junto a otros trabajadores libres, no estaban integrados en el mundo laboral como éstos y no gozaban de los mismos derechos ni oportunidades. Su trabajo no era considerado como un medio de reinserción y no consistía en una conducta alternativa a un modo de vida delictual anterior. Pese a ello, el cumplimiento de condena en este tipo de establecimientos, sin barreras arquitectónicamente prisionizantes, no suponía grandes altercados ni evasiones. Sin embargo, eran formas de ejecución escasamente resocializantes y de nula eficacia en este sentido.

Por otro lado, en la segunda mitad del siglo XIX se pretendía colonizar agrícola o, incluso industrialmente unos territorios ultramarinos que se hallaban más o menos vírgenes con respecto al modelo económico occidental. En esta nueva empresa no contaron Ceuta, ni Melilla, ni los demás presidios menores, que siguieron por inercia y despecho de las prescripciones legales de un régimen de colonias militares. El

argumento inicial a favor de la colonización penal era de que los deportados suplieran la falta de miras productivas de los naturales del país. Para lo cual aquéllos se convertirían para la posteridad en colonos de esas tierras incólumes¹⁸².

1. Las colonias penales y los destacamentos militares

Tras estas experiencias, es a comienzo del siglo XX, en el Real Decreto de 20 de Noviembre de 1911 y Orden de 5 de Octubre de 1912, donde, con espíritu correccionalista, se reglamenta el régimen de los destacamentos penales propiamente dicho.

Un régimen basado en el “trabajo educativo, remunerado y regenerador” de los reos al aire libre durante la última fase de la condena, dará un radical giro a este tipo de instituciones, que, aún así, permanecerán aletargadas durante mucho tiempo.

A través de los Decretos de 1911 y 1912 se reorganizaron los destacamentos penales de obras públicas. A dichos destacamentos quedaban adscritos aquellos penados que estuvieran en el cuarto periodo condena, según el Decreto de 1901. En aquellos decretos se hallan los precedentes más directos de los destacamentos penales de la época de posguerra¹⁸³.

La idea de estas colonias es que la vida sea lo más similar a la de un pueblo cualquiera, y en que se pueda producir y tratar al delincuente sin que sufra la separación de la familia. En algunos casos hubo grandes fracasos como los de la famosa Isla del Diablo de Francia, y en otros grandes éxitos como en Australia o Ceuta.

En el Proyecto Ugarte de 1906 confería un amplio desarrollo a las colonias agrícolas en España. Establecía la

¹⁸² ROLDÁN BARBERO, H., *op. cit.*, pág. 159

¹⁸³ ROLDÁN BARBERO, H., *op. cit.*, pág. 119

posibilidad de cumplir la pena en estas colonias al comprobar que el 60% de los penados procedían del campo, se creyó haber encontrado un auténtico medio liberador del hacinamiento presidial. La colonización rural quedó de esta manera transformada en una fase- la semilibertad, e incluso, hasta 1914, la libertad condicional también- del sistema penitenciario progresivo¹⁸⁴.

Por Decreto de 1934 se ordenó la constitución de un campo de concentración en los terrenos contiguos a la prisión de Burgos, donde a las personas a quienes se les aplicaba la Ley de Vagos y Maleantes eran destinados a trabajos agrícolas e industriales.

La legislación franquista dejó de hacer uso del término campos de concentración, sustituyéndolo por campos de trabajo, batallones disciplinarios, colonias penitenciarias militarizadas, etc.

El más inmediato precedente del régimen abierto en España está constituido por los destacamentos penales. Por Decreto de 3 de julio de 1937, a título de ensayo, en plena Guerra Civil, se crea el destacamento penal, al aire libre, de 365 hombres, en Alcocero de Mola (Burgos), para construir un monumento en memoria del General Mola. Como los resultados obtenidos fueron, al parecer, positivos, se extendieron los destacamentos surgiendo las *Colonias penitenciarias militarizadas* para dar cumplimiento a la Ley de 8 de septiembre de 1939.

Tras la Guerra civil española (1936-1939) las prisiones estaban superpobladas con los llamados delincuentes políticos pertenecientes en su gran mayoría a la República o que habían colaborado con ella. Esta masificación penitenciaria dio lugar a romper con el relativo letargo en que se encontraba la “institución abierta”, optando por utilizar a los indicados penados, en “labores de obras y trabajos públicos de interés general” en beneficio de un Estado que había de ser reconstruido

¹⁸⁴ ROLDÁN BARBERO, H., *op. cit.*, pág. 164

y que carecía de medios para financiarla. Con la debida vigilancia, se construyeron rutas, carreteras, hospitales, escuelas, barrios, pantanos o incluso monumentos, basta el ejemplo del “Valle de los Caídos”.

Los destacamentos penitenciarios de esta época recuerdan, por tanto, a aquellos de trabajo forzado al aire libre en obras públicas¹⁸⁵ en que el Estado vinculaba económicamente la mano de obra reclusa al sentido estrictamente retributivo y punitivo de la pena. De este modo, dichos establecimientos al aire libre, más que apelar a principios como el de autodisciplina y responsabilidad, se basaban en la custodia de los presos en ellos ingresados. Las fuerzas de orden público, escoltas de los funcionarios del Cuerpo de Prisiones, eran quienes desempeñaban esas labores de vigilancia. Éstos, al igual que los presos, se veían a menudo obligados a desplazarse de un lugar a otro dependiendo de la ubicación de la obra.

Este sistema abierto de la postguerra de obrerización forzada fue presentado así como radical salida de emergencia al problema del hacinamiento, si no se cabía en el interior de las prisiones, era preciso habilitar lugares en el exterior. Al principio tuvo un carácter más emocional que productivo, pero era necesario que los penados tuvieran que realizar algún tipo de actividad laboral en el exterior para no que no fuesen percibidos por los ciudadanos como ociosos e improductivos.

Estos destacamentos recuerdan ineludiblemente los trabajos forzados en obras públicas de antaño, en que el Estado ligaba el sentido de castigo con la utilización económica de la mano de obra reclusa. Como recompensa de estos trabajos y para desmasificar las prisiones se incorporó en el Código Penal la redención de penas por el trabajo, primero a los presos políticos y luego a los comunes.

¹⁸⁵ NEUMAN, E., *op. cit.*, pág. 523. En contra de la opinión de Neuman se pronuncia SEOANE DÍAZ M., “Los destacamentos penitenciarios y su consideración como prisiones de régimen abierto”, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, 1952, .Nº 142, Sep-Oct, pág. 1540

Los destacamentos penales, pasadas las dos primeras décadas de postguerra, se habían reducido considerablemente. A principios de los años sesenta, tan sólo el 9% de los reclusos estaban en ellos destinados. Estas colonias perduraron hasta que fueron abolidas por el Decreto de 8 de octubre de 1960. Por su parte, las llamadas colonias penitenciarias militarizadas habían liquidado sus obras pendientes a finales de 1962.

La evolución de la figura de los destacamentos penales tras los Congresos Internacionales deriva en España hacia una “nueva modalidad”¹⁸⁶. En definitiva, se trataba de reajustar y redefinir la figura de los antiguos destacamentos que, como vimos anteriormente, ya existían para otros fines, a las

¹⁸⁶ Se recoge en el Informe de la Dirección General de Prisiones del año 1952: “Estas obras muestran el interés que el Estado pone en mejorar las condiciones de vida de los españoles, pues mientras se construyen, son los obreros los beneficiarios por la aplicación de la legislación laboral que ha dictado, y una vez construidas, son los habitantes de las zonas afectadas quienes van obteniendo beneficios de riqueza y prosperidad, que en definitiva redundan a favor de la colectividad nacional. Y en el Orden penitenciario constituyen también un medio apropiado y eficaz de trabajo para muchos penados que redimen su pena, ayudan a sus familiares necesitados y contribuyen a una obra de engrandecimiento nacional”. “El desarrollo industrial de España exige crear fuentes de riqueza derivadas de nuevos pantanos, canales, centrales eléctricas, acequias y comunicaciones que se van construyendo, y esto exige un gran despliegue de energías, un aprovechamiento al máximo de los elementos con los que se cuenta para dedicarlos a servicios que, como los dichos, van dirigidos precisamente y de forma directa a la construcción de unos fines que, además de su importancia nacional, producen grandes beneficios a cuantos penados destina el Patrimonio a los Destacamentos lográndose también la meta de una legislación que es tan práctica en el Orden económico como positiva en el social-penitenciario”.

Asimismo se recoge en la Memoria de la Dirección General de Prisiones de 1953: “Mirando la utilidad pública, son muchísimas las obras que se han realizado desde el año 1939 utilizando los penados, pudiendo asegurar, con toda razón, que muchas de ellas no se hubiesen llevado a cabo sin este recurso, y que generalmente están emplazadas en lugares despoblados, con pocas comunicaciones y alejados de los núcleos de población, lo que hace que los obreros libres no se sientan, en general inclinados a desplazarse a alejarse de sus familias y lugares habituales de residencia”.

resoluciones de los Congresos Internacionales¹⁸⁷. Así de esta manera tan forzada, artificial y como una maniobra de lavado de imagen del antiguo régimen, nace la versión española de los que en epígrafes anteriores llamábamos “*establecimientos abiertos o de mínima seguridad*”. Sus particularidades y especificidades así lo evidencian. Eran establecimientos móviles que no tenían carácter de permanencia, cuestión que se justifica con el abaratamiento en los gastos de instalación y mantenimiento; estaban basados en la realización de obras públicas, pantanos, carreteras, puertos, con lo que de beneficio económico suponía tal proceder al Estado, y estaban fundamentados en la relación de igualdad de los presos con el resto de trabajadores libres, con lo que se pretendía un mayor afianzamiento de la reinserción en un ambiente de confianza y estímulo con el exterior¹⁸⁸. Es decir,

¹⁸⁷ La denominación de esos “nuevos Destacamentos Penitenciarios” como establecimientos abiertos, se opone de manifiesto al término emanado de los Congresos Internacionales de La Haya de 1950 y Ginebra 1955. Así se expresa en la Memoria de la Dirección General de Prisiones del año 1957: “Nuestros Destacamentos, aunque no presentan una absoluta identidad con los denominados Destacamentos Penales y Correccionales abiertos, se inspiran, sin embargo, en los mismos principios, por lo que cabe enmarcarlos dentro de dicho grupo. La nota diferencial más acusada entre ambos, es sin duda la que hace relación al carácter de permanencia en su radicación. Como es sabido, el emplazamiento de los Destacamentos no es de carácter permanente, pues depende de la obra que se ejecuta. Dicho en otros términos, el Destacamento, al no ser un Establecimiento autónomo en cuanto al trabajo que realiza, se ve precisado a desplazarse al lugar que dicho trabajo se le ofrece, generalmente por la realización de grandes obras: pantanos, carreteras, ferrocarriles, puertos, repoblación forestal, minería, etc. Esto, que a primera vista pudiera parecer un inconveniente y una desventaja respecto a los Establecimientos de carácter permanente, no lo es sin embargo, teniendo en cuenta que reporta mayores beneficios económicos para los presos, que disfrutan del mismo jornal, condiciones de trabajo y seguros sociales, que los obreros libres que trabajan en la misma empresa y facilita por otra parte, en mucho mayor grado que los Establecimientos abiertos permanentes, la readaptación social. Precisamente por esa convivencia con el obrero libre. Así mismo, los gastos de instalación y mantenimiento de los Destacamentos son mínimos en comparación con los que originan los Establecimientos abiertos de tipo permanente.”

¹⁸⁸ Normalmente, salían a trabajar del establecimiento penitenciario del que dependían y, alojados en campamentos móviles durante el día, regresaban a

un modelo “ideal” de cumplimiento del tercer periodo o periodo de readaptación social, que distaba mucho de serlo en la praxis¹⁸⁹.

El término destacamentos penales fue borrado de manera definitiva con la reforma de 1968, quedando redefinidos como prisiones abiertas. Con posterioridad el reemplazo de los presos políticos por los “comunes” dio lugar a que esta tipo de prisión abierta se denominase “establecimiento abierto o de mínima seguridad”, siendo la única existente en España hasta la entrada en vigor de la legislación penitenciaria postconstitucional. La LOGP y los posteriores Reglamentos los eliminaron de sus postulados estableciendo nuevas denominaciones como las Secciones abiertas, las Unidades Dependientes y los Centros abiertos o de Inserción Social.

Según **Neuman** estos destacamentos constituyeron una destacable experiencia penológica, teniendo en cuenta que se alentó al recluso a trabajar en el mundo libre en similar situación que el operario común. Los destacamentos llegaron a ser prisiones abiertas móviles¹⁹⁰. Pero estos establecimientos no nacieron bajo los signos que caracterizaban a la prisión abierta, puesto que a pesar de predicarse la responsabilidad y la autodisciplina, los presos estaban sometidos a custodia y vigilancia especial por parte de las Fuerzas Armadas (Ejército, Guardia Civil o Policía Armada), lo que evidentemente descartaba uno de los principales elementos que caracterizan y constituyen la naturaleza del régimen abierto, por lo que pueden ser denominadas prisiones abiertas atípicas, si bien hay autores

pernoctar en el centro. Aunque realizaban su actividad laboral junto a otros trabajadores libres, no estaban integrados en el mundo laboral como éstos y no gozaban de los mismos derechos ni oportunidades. Su trabajo no era considerado como un medio de reinserción y no consistía en una conducta alternativa a un modo de vida delictual anterior. Por ello, el cumplimiento de condena en este tipo de establecimientos, eran formas de ejecución escasamente resocializantes y de nula eficacia en este sentido

¹⁸⁹ Sobre este tema LAFUENTE, ISAÍAS, *Esclavos por la patria. La explotación de los presos bajo el franquismo*, Madrid, 2002.

¹⁹⁰ NEUMAN, E., *op. cit.*, págs. 523-524

como **Bueno Arús**, que defienden que estos destacamentos penitenciarios tenían naturaleza mixta de campamentos de trabajo ya establecimientos abiertos¹⁹¹. Les asemeja a aquéllos las instalaciones y a éstos la ausencia de medios físicos de vigilancia y coacción. Pero a nuestro juicio esto no era real pues había una vigilancia militar y un gran miedo a las represalias.

Por regla general se enviaban a estas prisiones a los reclusos primarios que se encontraban en el segundo periodo del régimen penitenciario progresivo y que habían cumplido la cuarta parte de la condena en un establecimiento tradicional u ordinario. Debían tener la aptitud necesaria, buena conducta y ofrecer garantías de seguridad a juicio de las Juntas de Régimen y Administración de los establecimientos de procedencia. El recluso que no se adaptaba al destacamento o cuya influencia perjudicaba al buen funcionamiento o influía negativamente en el comportamiento de los demás, era trasladado al penal de procedencia o al que por clasificación le correspondía. Según la memoria del año 1957 de la Dirección General de Prisiones la finalidad es la de facilitar la readaptación *“constituyendo el medio ideal de cumplimiento del tercer periodo del sistema progresivo”*.

Se establecía que la jornada de trabajo debía ser acorde con la máxima legal, cuidando que los horarios laborales permitan disponer de tiempo suficiente para las sesiones de tratamientos. Los penados eran retribuidos debiendo contribuir al sostenimiento de sus cargas familiares y al cumplimiento de sus restantes obligaciones, disponiendo de la cantidad restante en las condiciones que reglamentariamente se indiquen.

La única virtualidad de estos destacamentos fue el ser el precedente más inmediato de la prisión abierta en España, rompiendo con el sistema de las prisiones cerradas, y surgiendo como alternativa a éstas al tiempo que se comprobaba que los reclusos rendían más en el trabajo que realizaban en las

¹⁹¹ BUENO ARÚS, F., “El sistema penitenciario español”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, Nº 169-171, Abril-Diciembre, 1965, pág. 194

instituciones cerradas, o produciéndose menos evasiones que en principio se esperaban.

Lo cierto es que, con el paso de los años, estos establecimientos fueron disminuyendo en número. Si en el año 1958 funcionaban nueve, en el año 1959 quedan seis, y en el año 1960 quedan cinco. En el año 1968 sólo permanecen activos cuatro, y en el año 1969 ya sólo quedan tres. A partir del año 1970 prácticamente desaparecen¹⁹². Las causas de su desaparición no se conocen, algunos las atribuyen a que se consideraban figuras de ejecución penal “representativas” del régimen dictatorial, otros a que finalizaron las grandes obras de infraestructura del país que eran su finalidad.

Para **López-Rey**¹⁹³ es dudoso que los destacamentos penitenciarios, de larga tradición en España, puedan estimarse como una modalidad del trabajo libre durante el día, basándose en el artículo 100 del Reglamento del Servicio de Prisiones de 1956, que describe un cuadro bastante diferente de lo que es una prisión abierta: la ida y la vuelta al trabajo se verificará por secciones, caminarán en formación bajo la debida vigilancia, se harán recuentos necesarios, etc. Será con la reforma del citado reglamento con el Decreto de 25 de enero de 1968 cuando se va a introducir en nuestra legislación el régimen abierto, regulándolo en los artículos 5 y 48 para los penados que se encontraban en tercer grado de tratamiento¹⁹⁴.

Entre los años 1970-1980 se construyeron varias secciones abiertas, como Mirasierra (Madrid), Mujeres de Barcelona, Santa Cruz de Tenerife, Alcalá de Henares, Burgos, Alicante, Herrera de la Mancha (Ciudad Real), Murcia, Lérida,

¹⁹² En 1979 quedan todavía algunos en activo, concretamente el de Mirasierra y Castillejos, es en 1981 cuando con la clausura definitiva de ambos se suprimen ya totalmente.

¹⁹³ LÓPEZ- REY ARROJO, M., *Criminología*, Vol. I Madrid, 1975, pág. 517.

¹⁹⁴ GARCÍA BÁSALO, C.A., “Los establecimientos abiertos en España”, *Revista del Instituto de investigaciones y docencia criminológica*, 1962, pág. 41 y ss.

Yeserías (Madrid), Valencia y Liria (también en Valencia). Cuando se aprobó la Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979 había tan sólo alrededor de 250 penados en régimen abierto. Con lo cual se puede concluir que hasta la entrada en vigor de esta ley el régimen abierto en España había tenido una escasa aplicación

D. LA PRISIÓN ABIERTA

Durante el siglo XVIII en los “presidios de obras públicas” encontramos los orígenes lejanos de la denominada prisión abierta, en los trabajos al aire libre que realizaban los penados. En aquella época, bajo estricta vigilancia armada, los condenados trabajaban en reparaciones y construcciones de carreteras, explotaciones de minas, etc.

La prisión abierta es la que viene se viene definiendo por la doctrina como aquella que no presenta obstáculos físicos contra la evasión (muros, alambradas, rejas, fosos, vigilancia exterior)¹⁹⁵. Se asienta en dos puntos clave, en la ausencia de elementos de sujeción, es decir, reduce tanto los elementos personales como físicos de vigilancia, pero a su vez potencia claramente la confianza en el penado depositante en el mismo una presunta autorresponsabilidad.

La prisión abierta fue definida en 1950, en el Congreso Penal y Penitenciario de la Haya. Estas definiciones fueron contempladas por el Grupo Consultivo Europeo de la ONU (1952), en el Primer Congreso de las Naciones Unidas para Prevención de la Delito y Tratamiento de los Delincuentes (1955), ambos celebrados en Ginebra. Pero la prisión abierta, como tal, no es una institución novedosa puesto que fue el gran invento de Crofton, director de prisiones de Irlanda en el siglo XIX, lo que no cabe duda es que todavía hoy parece que no se han explotado todas sus posibilidades. Identificada con el tercer grado del sistema progresivo, es la institución de prueba más

¹⁹⁵ MIR PUIG. C., *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 52

adecuada para comprobar si el penado está preparado para la vuelta a la sociedad respetando las leyes y los derechos de los demás ciudadanos¹⁹⁶. Este tipo de prisión, que es una mezcla equilibrada entre el internamiento y la libertad vigilada, está recogida en la legislación comparada de otros países con la denominación de régimen abierto, trabajo en el exterior sin vigilancia, semilibertad, etc. Viene regulada en las n° 63.2 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos adoptadas el 30 de agosto de 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 la ONU en 1957¹⁹⁷, en la n° 64.2 de las Reglas del Consejo de Europa de 1973¹⁹⁸, en la Ley penitenciaria sueca (19/4/1974) e italiana (26/6/1975) y en la Ley de Ejecución alemana (16/3/1976), entre otros muchos países¹⁹⁹.

Las ventajas del régimen abierto, identificado con el tercer grado del sistema progresivo y del sistema de individualización científica que es el que rige actualmente en

¹⁹⁶ BUENO ARÚS, F., *Nociones...*, *op. cit.*, pág. 268

¹⁹⁷ Como bien dice JUANATEY DORADO, C., *Manual...*, *op. cit.*, págs. 57 y 58: “No se trata de un modelo penitenciario nuevo, sino de una serie de reglas o principios que deben regir la organización penitenciaria y la ejecución de las penas privativas de libertad, pero la aprobación de las mismas supuso un paso definitivo en la evolución de los sistemas penitenciarios...”. Respecto a los penados se recogía el principio de individualización en el cumplimiento de las penas por medio del tratamiento penitenciario.

¹⁹⁸ En el ámbito europeo, en 1973, se revisaron las Reglas Mínimas de Ginebra de 1955, que ya entonces, resultaban insuficientes por dos razones. En primer lugar, porque las Reglas Mínimas nacieron con una proyección universal, motivo por el cual muchos de los derechos reconocidos a los internos en ellas se habían superado ya en los países más avanzados; y, en segundo, porque una misma proyección internacional obligó a una redacción excesivamente programática que, en muchos casos, no permitía convertir su contenido en un compromiso político penitenciario de los países a los que iba destinado. Las Reglas Penitenciarias Europeas de 1973 tuvieron otra versión en 1987 y, finalmente una nueva de 11 de enero de 2006.

¹⁹⁹ GARCÍA VALDÉS, C., *Régimen ...*, *op.cit.*, pág. 227

nuestro país (art. 72.1 LOGP), son muchas pues es el mejor medio para garantizar la recuperación social, favorece la salud física y mental, mejora la disciplina, facilita las relaciones familiares, posibilita la búsqueda de trabajo²⁰⁰. Es incomparablemente más humana que la tradicional cárcel cerrada, de ahí que tal institución se multiplica en el presente por toda geografía penitenciaria mundial²⁰¹.

El espíritu moderno que anima este régimen prisional, afirma **Del Rosal**, se manifiesta por un firme propósito de reeducar y disciplinar al penado, tanto social como mentalmente, para que su capacidad de adaptación y lucha el día de mañana en la vida libre sea lo mejor posible²⁰². Para **Steffen**, la prisión abierta es uno de los aportes más significativos en orden a rehabilitar al delincuente²⁰³. Por otro lado, no todos los sentenciados deben estar en prisiones de máxima seguridad, y por ello se han ido imponiendo instituciones abiertas o semiabiertas. Claro está que algunos ni siquiera deberían estar en prisión, pero de todos modos existe la necesidad de ir acercándolos a la sociedad. Estas formas relativamente nuevas son llamadas contradictoriamente "prisiones abiertas", porque prisión significa encierro, y además la estancia en la misma no supone el disfrute de la libertad absoluta sino que sigue constituyendo para el penado una limitación considerable de sus libertades, porque al fin y al cabo está cumpliendo una pena privativa de libertad aunque en esta institución tenga mayores facilidades de contactar con el exterior²⁰⁴.

²⁰⁰ NEUMAN, E., *op. cit.*, pág. 157

²⁰¹ MAPELLI CAFFARENA, B., "Régimen penitenciario abierto", *Cuadernos de política criminal*, N° 7, Madrid, 1979, pág. 72

²⁰² DEL ROSAL, J., *Tratado de Derecho Penal español. Parte general*. Vol. I, Madrid, 1968, pág. 649

²⁰³ STEFFEN. *Prisión abierta*, Santiago de Chile, 1971, pág. 8. En esta misma línea MARCO DEL PONT, *Penología y sistemas carcelarios*, Tomo I, Buenos Aires, 1974, págs. 72 y ss.

²⁰⁴ NEUMAN, E., *op. cit.*, pág. 472

Fue el régimen más novedoso del siglo XX, con excelentes resultados, que constituyen “una de las creaciones más atrevidas e interesante de la penología moderna”. Ya que son establecimientos sin cerrojos, ni rejas, ni medios de contención, como son los muros sólidos y altos, y las torres de vigilancia con personal de custodia armado. El individuo se encuentra más retenido por factores psicológicos que por constreñimientos físicos. Como afirma **Cornil**, el condenado que permanece en la prisión abierta no se halla retenido por constreñimiento físico, sino más bien por móviles psicológicos. Si no se evade es porque consiente en estar voluntariamente en prisión²⁰⁵.

El establecimiento abierto se caracteriza por la ausencia de precauciones físicas contra la evasión, la seguridad es más simbólica que real, por ello se podría decir que hay una “falsa seguridad”. El régimen está fundado en la disciplina aceptada y en el sentimiento de responsabilidad del recluso respecto de la comunidad en que vive. Este régimen alienta al recluso a hacer uso de las libertades que se le ofrecen sin hacer abuso de ellas. Estas son las características que distinguen al establecimiento abierto de otro tipo de establecimientos penitenciarios, algunos de los cuales se inspiran en los mismos principios, pero sin aplicarlos totalmente.

Lo fundamental de este sistema es la rehabilitación social, el autogobierno, el acercamiento al medio social, y su bajo costo, además permite que la sociedad recupere la confianza en el sujeto que cometió el delito, en parte por los resultados que arroja dicho sistema y la forma en que el mismo sujeto va evolucionando.

Se ha definido a la prisión abierta como *“un pequeño mundo activo, un centro donde la bondad, la tolerancia, la comprensión, la serena severidad, el freno amistoso, la enseñanza ágil, el trabajo proficuo y el consejo inteligente son*

²⁰⁵ CORNIL, P., Comunicación al Congreso de La Haya, 1950. Actas, Vol. IV, “La peine de prison”, *Reveu Internationale de Criminologie et de Poice Technique*, N° 3, 1955, pág. 185

artífices capaces de sustituir el añejo concepto del castigo por el de readaptación social de los hombres que han delinquido"; y está conformado por una "filosofía punitiva esencialmente preventivista y resocializadora"²⁰⁶.

Se suele confundir a las prisiones abiertas con las colonias penales. No son lo mismo. En las primeras no hay ningún tipo de contención, mientras en las segundas existe la seguridad del mar como en el caso de las Islas Marías, en México y otras prisiones en islas del Océano Pacífico (caso de Chile), y la Gorgona en Colombia. Las colonias tuvieron auge desde la época en que se descubrió Australia y comenzó a poblarse con delincuentes ingleses. El sistema de prisión abierta es más moderno.

Puede afirmarse que las abigarradas prisiones de la Segunda Guerra y posguerra mundial, fueron origen de los campamentos provisionales de internados primero y condenados-trabajadores después. Ellos constituyen el antecedente inmediato de las prisiones abiertas. En todos los países donde ya existían ciertas prácticas anteriores de este tipo de prisión se aceleró y potenció el uso de la misma. Posteriormente se reconocerían que este tipo de prisión no conducía a desórdenes mayores y que las fugas eran mucho más escasas de lo que podría preverse en relación al número de readaptaciones que se lograban.

La prisión abierta señala la aparición de un novísimo régimen penitenciario informado en una filosofía punitiva esencialmente preventivista y resocializadora. Implica un moderno planteamiento en la ejecución de la pena privativa de libertad.

Los Congresos de la Haya y Ginebra marcan un antes y un después en la evolución de los establecimientos abiertos. Al ser trabajos elaborados con mucha seriedad y fruto del consenso internacional, resulta interesante su análisis, no tanto por su

²⁰⁶ NEUMAN, E., *op. cit.* pág. 137

eficacia sino por la influencia dejada en la legislación penitenciaria actual.

Es en la segunda mitad del siglo XX cuando estos Congresos comienzan a tratar el tema de la transición que ha de experimentar el recluso, generalmente en el último tramo de la condena, de la vida penitenciaria a la actividad social libre. Se empieza a hablar, por tanto, de un régimen que, sin perder de vista la condición jurídica del penado, lo capacite para que comience a desligarse definitivamente del ámbito penitenciario y asuma nuevamente la dirección de su vida. Comienza a pensarse, entonces, en la aplicación de nuevas fórmulas ejecutivas y es cuando aparecen los establecimientos abiertos.

La innegable importancia de la prisión abierta fue puesta por primera vez de manifiesto en el XII Congreso Penal y Penitenciario de La Haya en 1950²⁰⁷ bajo la pregunta: “¿En qué medida las instituciones abiertas están llamadas a reemplazar a la prisión clásica?”. Contestando que la construcción de la prisión clásica del siglo XIX obliga a retener a todas las categorías de penados con un máximo de medidas de seguridad para evitar las evasiones. Los ensayos realizados en curso del siglo han demostrado que es posible alojar ciertas categorías de penados en establecimientos “abiertos”, permitiendo aplicarles un régimen más educativo y más individualizado. A la luz de la experiencia adquirida en diversos países, conviene preguntarse para qué categorías de penados el régimen de institución abierta debe reemplazarse al de prisión ordinaria. Las experiencias realizadas desde hace más de cincuenta años muestran un porcentaje mínimo de evasiones en todos los países en que se halla en marcha el régimen abierto, aunque lógicamente ese porcentaje resulte superior al de las prisiones cerradas²⁰⁸. Si es verdad que no puede reemplazar completamente a los

²⁰⁷ PETTINATO, ROBERTO, “El Congreso Penal y Penitenciario de la Haya”, *Revista Penal y Penitenciaria*, 1950, Buenos Aires, Tomo XV, págs. 27 y ss. También NEUMAM, E., *op. cit.*, 1984, págs. 145 y ss.

²⁰⁸ GERMAIN, CH., Informe General, en Actas del Congreso de La Haya 1950, Vol. 4, Berna, 1951, pág. 4

establecimientos de máxima o mediana seguridad, su extensión al mayor número posible de penados puede constituir una contribución importante para la prevención del delito²⁰⁹.

Los elementos constitutivos básicos del debate fueron determinados en las siguientes resoluciones:

-Establecimiento abierto es aquél en el que las medidas preventivas contra las evasiones no residen en obstáculos materiales tales como muros, cerraduras, barrotes o guardias complementarias.

-La característica esencial de una institución abierta debe residir en el hecho de que se solicite a los reclusos someterse a la disciplina de la prisión sin una vigilancia estrecha y constante y en que el fundamento del régimen consista en inculcarles el sentimiento de responsabilidad personal (*self-responsibility*).

El Primer Congreso de las Naciones Unidas para la prevención del delito y el tratamiento del delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, estableció en la recomendación primera una definición amplia y descriptiva, al decir que: “El establecimiento abierto se caracteriza por la ausencia de precauciones materiales y físicas contra la evasión (tales como muros, cerraduras, rejas y guardia armada u otras guardias especiales de seguridad), así como por un régimen fundado en una disciplina aceptada y en el sentimiento de la responsabilidad del recluso respecto a la comunidad en la que vive. Este régimen alienta al recluso a hacer uso de las libertades que se le ofrecen sin abusar de ellas. Estas características distinguen al establecimiento abierto de otros tipos de establecimientos penitenciarios, algunos de los cuales se inspiran en los mismos principios, pero sin aplicarlos totalmente”. En este mismo congreso se llegó a afirmar que: “Los establecimientos abiertos representan un alentador futuro no solamente como un etapa de tratamiento general, sino como una forma de prisión que puede sustituir a la *prisión cerrada*.”

Un razonamiento lineal y apriorístico pudiera llevar a pensar que este régimen, basado en la ausencia de obstáculos y

²⁰⁹ Acta del Congreso de La Haya, 1950, Berna, 1951, Vol. I, pág. 626.

que además implicaba la antítesis de la prisión clásica, supondría una fuga masiva de presos y consecuentemente la alarma social. Pero este régimen no se concibió con los mismos esquemas de la prisión clásica. Se entendió como una “atenuación” en la ejecución de la pena privativa de libertad, no como la eliminación de la pena privativa de libertad en respuesta social al comportamiento ilícito. Estaba basado en planteamientos de ejecución penal medidos y reglados que llevaban aparejada la eliminación del plus de sufrimiento y aflicción que implicaba el encierro.

Como se explicita en el Convenio de Ginebra (1955), existen establecimientos que se inspiran en los mismos principios que los abiertos, pero no los llegan a aplicar en su totalidad. Estos establecimientos se consideran de mediana seguridad²¹⁰. Al no darse obligatoriamente por tanto, “todos y cada uno” de los requisitos establecidos en las definiciones referidas en los Convenios Internacionales, ausencia de precauciones materiales y físicas contra la evasión tales como muros, cerraduras, guardia armada u otras guardias especiales de seguridad, no se hablaría de establecimientos abiertos, puesto que no estarían basados en la confianza y en la

²¹⁰ Así se puso de manifiesto en el XII Congreso Penal y Penitenciario de la Haya (1950), donde se estableció que: “Un establecimiento abierto, en cuanto sea posible, debe presentar las características siguientes:

a) Deberá estar situado en el campo, pero no en un lugar aislado y malsano. Deberá encontrarse suficientemente cerca de un centro urbano para ofrecer las comodidades necesarias al personal y contactos deseables con los organismos de carácter educativo y social para una buena reeducación de los presos”.

También lo expresa el I Congreso para la prevención del delito y el tratamiento del delincuente de Ginebra (1955): “a) Cuando el establecimiento esté situado en el campo, su aislamiento no debe ser tal que constituya un obstáculo para los fines asignados a la institución o una molestia excesiva para el personal”.

autorresponsabilidad que supone una permanencia voluntaria de los presos, que es lo que en realidad los legitima²¹¹.

Muchos de los establecimientos que se llaman abiertos, según sus características y las definiciones de estos Congresos, no podrán ser denominados como abiertos, sino de mediana seguridad.

Por tanto en ambos congresos de 1950 y 1955 se determinaron cabalmente los dos aspectos, objetivo y subjetivo, que integran el régimen abierto:

- aspecto objetivo o sustancial: ausencia absoluta de dispositivos materiales o físicos contra la evasión.
- aspecto subjetivo o moral: tratamiento penitenciario basado en la confianza. Por tanto el tratamiento en la prisión abierta debe estar basado en la propia responsabilidad y la autodisciplina de los internos.

Como bien dice **Neuman**, la cuestión consiste en reemplazar los muros, cerrojos y toda clase de aseguramiento drástico por la propia conciencia, hacer “*presos de su conciencia*”²¹². La prisión como tal, no ha desaparecido, sino evolucionado. Así pues, la finalidad resocializadora es la base de la prisión abierta, toda la actividad de ésta debe girar en torno a aquélla, y por ello la forma de vida en la misma debe ser lo más similar a la vida en una comunidad libre, puesto que este tipo de prisión sitúa al penado en ambiente muy próximo al de la vida exterior, trabaja y se relaciona con su familia de un modo semejante a como lo haría en libertad.

La evolución de la prisión abierta fue tan fuerte que en congresos internacionales, como el de Criminología celebrado en Mendoza Argentina en 1969, se sugiere que “*los países, que aún no posean establecimientos penales abiertos, busquen la*

²¹¹ Como bien dice NEUMAN: “Una prisión descrita como abierta pero que en realidad tiene un escollo- tan sólo uno- como por ejemplo un guardia armado, debe automáticamente ser considerada de mediana seguridad”.

²¹² NEUMAN, E., *op. cit.*, págs. 137- 147

forma de introducir los mismos, como uno de los tipos de instituciones diferenciadas con los que la administración penitenciaria debería contar par la adecuada ejecución de la pena”.

La designación “prisión abierta” es el término más comúnmente aceptado a nivel internacional. En la legislación y doctrina anglosajona se la denomina “*open prisons*”, en Francia recibe el nombre de “*établissement ouvert*”. Tanto en el lenguaje de las resoluciones del Congreso de La Haya como en las recomendaciones de Ginebra se ha optado por los vocablos “establecimiento abierto” y en menor grado “institución abierta”. Es como si se considerase una contradicción añadir al concepto prisión el adjetivo de abierta, es como calificar al encierro como libertad, pero está claro que ambos términos se complementan y que abierta viene a significar una prisión de libertad, puesto que los penados pueden deambular por dentro y fuera de la misma, saliendo al exterior mediante los correspondientes permisos. Consideramos que la denominación más oportuna es la de prisión abierta²¹³, pues además así se marca una idea exacta y cabal de diferenciación del concepto “prisión cerrada”.

La prisión abierta se caracteriza por el autogobierno de los penados, por no ser un régimen autoritario y punitivo, en ella no existe tanto como en la cerrada, el “código del recluso”, la solidaridad interna se manifiesta sobre la dinámica de las relaciones interpersonales del hombre que vive en una sociedad libre. Para el trato con el condenado en régimen abierto, se deben formar profesionales penitenciarios que comprendan la ideología de la prisión abierta sino pueden plantearse dificultades de funcionamiento en la misma.

Los permisos de salida constituyen un avance penológico muy importante de cara a la resocialización del penado, como un elemento más de su tratamiento y están muy vinculados a la prisión abierta puesto que el interno puede salir al exterior:

²¹³ NEUMAN, E., *op. cit.*, pág. 164

- para trabajar durante el día y regresar por la noche
- por razones familiares, para visitarles, ayudarles, etc.
- por motivos sanitarios, para ser atendidas sus patologías
- para armonizar las necesidades sexuales, etc.

Se ha demostrado en diversos países, que han recogido la experiencia del régimen abierto, que hay una conexión directa entre éste y los permisos de salida. En múltiples prisiones abiertas se tiende a dar este tipo de permisos como una prueba de confianza más o porque se está frente a los últimos peldaños del régimen progresivo en que se prevé ambos institutos.

Era indudable que el establecimiento debía tener una ubicación adecuada a la actividad que en él se desarrollase, siempre y cuando no supusiese una barrera a la reinserción y a la integración social. Aunque en ambos Congresos se estableció la preferencia por instituciones situadas en el campo, relativamente cerca de un núcleo poblacional, que son las que en España se utilizaron hasta la entrada en vigor de la legislación penitenciaria postconstitucional, ello no fue óbice, como así lo constató la Secretaría General de Naciones Unidas en diversas encuestas a varios países, para que estas instituciones pudieran estar ubicadas en medios urbanos, o incluso estar ubicadas en lugares aislados, sin que eso perjudicara el éxito del tratamiento²¹⁴.

El grado de autonomía institucional de este tipo de establecimientos, es decir, considerarlos como instituciones autónomas o como instituciones dependientes de otros

²¹⁴ La encuesta efectuada por la Secretaria General de Naciones Unidas (1950) resultó de modo que:

- a) Existían establecimientos de régimen abierto en el interior de las ciudades e incluso en los suburbios.
- b) Establecimientos abiertos de actividad estrictamente agrícola se situaban en lugares aislados sin que supusiese fracaso.

establecimientos²¹⁵, llevaba aparejada intrínsecamente una determinada decisión:

- Optar taxativamente por los establecimientos abiertos como instituciones independientes y separadas de la institución, hubiera supuesto una verdadera alternativa a la prisión clásica y un novedoso sistema de ejecución más eficaz.

- Optar sólo por los establecimientos abiertos como anexos a otros, de otro tipo, generalmente cerrado, suponía no sólo confundir la finalidad de ambos regímenes, sino desvirtuar la finalidad del régimen abierto. Sin embargo, se desaprovechó la ocasión y la elección timorata de estos Congresos Internacionales por un sistema dual, en parte autonómico y en parte adherido a la institución, supuso un freno al total desarrollo de este tipo de instituciones.

Nada impide que coexista el régimen abierto dentro de un establecimiento penitenciario de régimen cerrado u ordinario, pero aquel debe estar en una zona exenta de la vigilancia consustancial a este último. De hecho en un régimen progresivo, existen establecimientos que pueden reunir hasta tres niveles de seguridad (cerrado, ordinario y abierto), son los denominados complejos penitenciarios, actualmente definidos en España como “establecimientos polivalentes” (art. 12 RP). Pero una cosa es un departamento o espacio de régimen abierto dentro de un establecimiento y otra es una prisión abierta como tal que debe tener una dinámica propia y requiere un emplazamiento adecuado. Nada más lógico, por tanto, que se la erija, administre

²¹⁵ Tanto la resolución 6 del Congreso de la Haya (1950): “Parece que los establecimientos abiertos pueden ser: a) establecimientos separados en que los internos ingresan directamente luego de haber sido debidamente observados, o cumplido una cierta parte de su pena en una prisión cerrada; b) unidos a un establecimiento cerrado de tal manera que los internos puedan ser afectados a él en el cuadro de un sistema progresivo”.

El Congreso de Ginebra (1955) en sus recomendaciones II y III, ponen de manifiesto la concepción dual y opcional: “El establecimiento abierto debe ser, en principio, una institución autónoma, aunque en caso necesario, puede estar vinculado a un establecimiento de otro tipo, del cual constituye entonces su dependencia.

y funcione autónomamente²¹⁶. La idea de utilizar los terrenos contiguos a los establecimientos penitenciarios a fin de aliviar la superpoblación del establecimiento, ha sido también causa de su creación, con esta modalidad, en diversas regiones del mundo. Estamos de acuerdo con **Neuman** cuando afirma que cuando la administración permanece centralizada, termina por vigorizarse un solo espíritu institucional, formándose un vastísimo establecimiento en que se confunden la finalidad intrínseca de ambos regímenes²¹⁷. En este mismo sentido se pronuncia **Bueno Arús** cuando dice que es preferible que la prisión abierta esté fuera del recinto de la prisión ordinaria e independiente del Director de esta última²¹⁸. En este mismo sentido, en la reunión de los Jueces de Vigilancia de España celebrada en el año 2008 acordaron por unanimidad que se deben potenciar los Centros de Inserción Social, debidamente dotados de medios personales y materiales, y que éstos es conveniente que estén ubicados alejados de los Centros Penitenciarios ordinarios, con un régimen de vida lo más parecido al de cualquier ciudadano para favorecer con ello la reinserción social de los internos.

Uno de los temas más debatidos dentro de los sistemas de régimen progresivo es determinar cuándo se debe remitir al penado a la prisión abierta, inmediatamente después de dictada la sentencia, o si es necesario que el penado tiene que pasar escalonadamente de un tipo de régimen de vida a otro hasta llegar al abierto y por último a la libertad condicional. En el Congreso de La Haya de 1950 esta cuestión fue estudiada muy incidentalmente, decidiéndose dejar al arbitrio de la administración de justicia de cada país la solución al problema. Si bien para la mayoría de los Estados se entendió que constituía la última fase del régimen progresivo, considerando como preceptivo el cumplimiento de gran parte de la condena en un establecimiento cerrado, y cumpliendo el final de la misma en uno abierto. Pero era factible, incluso, que este tipo de

²¹⁶ NEUMAN, E., *op. cit.*, pág. 151

²¹⁷ NEUMAN, E., *op. cit.*, pág. 152

²¹⁸ BUENO ARÚS, F., *Nociones...*, *op. cit.*, pág. 269

establecimientos, sirviesen de “alojamiento inmediato” de los penados atendiendo a sus características y personalidad, logrando de este modo una verdadera individualización de la pena. Así se vino realizando en determinados países de la época, por ejemplo Brasil, en otros, entre los que destacaba Suecia, los detenidos pasaban directamente a establecimientos abiertos antes incluso de ser penados²¹⁹.

En Congreso de Ginebra de 1955, por el contrario, se suscitaron posiciones muy diversas. Los partidarios de la inclusión inmediata adujeron que era sociológicamente perjudicial reducir primeramente al recluso en un establecimiento cerrado, ya que ello comprometía el éxito del tratamiento ulterior; otros consideraron que el paso por la prisión tradicional era necesario a los fines de una mejor observación antes de la inclusión en prisión abierta; otros en fin, sostuvieron igual posición, pero en virtud del golpe psicológico que había de suscitarse en los reclusos ante la comparación de ambos regímenes. Dadas las opiniones divergentes, el grupo de Cercano Oriente no consideró conveniente formular recomendación alguna. Los restantes estimaron que convenía dejar a cada país en libertad de acción para expedirse sobre este problema. En todo caso, consideraron que el periodo de admisión deberá depender del tipo de delincuente, pues existen algunos que pueden ser incluidos desde el principio de la sentencia. En cambio, hay otros que no están preparados para este régimen pero que podrían ser sometidos a él llevándoseles en etapas sucesivas. Si bien se recomendó derivar a los reclusos según el criterio de la categoría penal o penitenciaria, ni el de duración de la pena, sino el de la aptitud de los mismos adaptase al régimen abierto y el hecho de que ese tratamiento tiene más posibilidades de favorecer su readaptación social que el estipulado en otras formas de privación e libertad²²⁰.

²¹⁹ El Congreso de la Haya establece en la resolución 5ª la consideración de que los penados que no hayan sido condenados no deberían ser ubicados en instituciones abiertas.

²²⁰ Normas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos adaptadas en 1957 por el Consejo de Económico y Social en su resolución 663 (XXIV) y

Según el régimen penitenciario propio de cada país, los reclusos pueden ser enviados a prisiones abiertas desde el comienzo de la pena o después de haber cumplido parte de ella en un establecimiento de otro tipo. En la mayor parte de países del mundo la prisión abierta constituye el penúltimo eslabón del régimen progresivo, el último suele ser la libertad condicional. Pero la aptitud del preso para adecuarse al régimen abierto, según el Congreso de La Haya, debe realizarse obviando los tradicionales sistemas de clasificación basados en la condena impuesta o en la tipología delictiva.

Consideramos de interés las opiniones de algunos expertos ponentes en el Congreso de La Haya de 1950 para defender la clasificación del penado en una prisión abierta, referidas a la experiencia en distintos países:

- **Hans Tetens**²²¹, alegaba como excepciones de inaplicabilidad del régimen a los: a) criminales activos o empedernidos; b) jefes de pandillas; c) psicópatas no manejables que sufren en grado apreciable de desordenes mentales; d) rufianes; e) delincuentes sexuales que pueden constituirse en una amenaza para los familiares de otros presos o del personal de la prisión y aún la misma vecindad; f) receptores de mercaderías robadas, corredores de apuestas y traficantes en gran escala en el mercado negro; g) otros presos que debido a su personalidad y a su carácter no pueden ser colocados en el medio libre sin correr el riesgo de que influyan nocivamente sobre los codetenidos.

- **Giovanni Mussillami** creyó que estos establecimientos serian de especial interés para delincuentes primarios y ocasionales.

- **Löken** concibió como apropiado este tipo de establecimientos para los jóvenes y ancianos y aquellos con

ampliadas por la Asamblea General en su resolución 45/111, que contiene los Principios Básicos par el Tratamiento de los Reclusos”.

²²¹ HANS TETENS, *Les Grands Svstemes Penitentiaires*, Paris, 1955, Tomo 11, págs. 70 y ss.

delitos contra la propiedad, no así para aquellos delincuentes violentos y con delitos sexuales.

- **Cornil** y **Arnoldus** entendieron apropiados los establecimientos para todos los delincuentes capaces de ser reeducados, especialmente los inofensivos.

- **Hans Kellerhals** afirma que: “no existen categorías o elites de condenados, sino hombres con posibilidad de reforma, cualquiera que sea su edad o delito”.

- **Charles Germain** pese a las controversias entre los distintos autores, establece categóricamente, como luego se pondría de manifiesto en el Congreso de Ginebra sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, que: “no debe fundarse la selección de los delincuentes en el hecho de que éstos pertenezcan objetivamente a una categoría penal y penitenciaria, ni tampoco en función de la longitud.

Es la Recomendación 4ª del I Congreso Internacional sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente con una visión progresista y obviando los “arcaicos” criterios de categorización delictual, la que explicita clara y contundentemente: *“El criterio que se debe aplicar en la selección de los presos para su admisión en los establecimientos abiertos no debe ser el de la categoría penal o penitenciaria a que pertenecen ni la duración de la pena, sino la aptitud del delincuente para adaptarse al régimen abierto y el hecho de que ese tratamiento tiene más probabilidades de favorecer su readaptación social que el establecer otras formas de privación de libertad. La selección debe hacerse, a ser posible, a base de un examen médico psicológico y de una encuesta social.”*

Concluyendo, para Charles Germain²²², lo fundamental es conocer si el penado tiene aptitud para ser sometido a un tratamiento en las condiciones de un centro abierto. Para ello, la selección deberá realizarse tras una observación en una prisión cerrada o un centro de observación especializado. Para **Hans**

²²² GERMAIN, CH., Informe General, en Actas del Congreso de La Haya de 1950, Verna, 1951 Vol. 4, pág. 7

Tetens²²³, la selección debe hacerse, no sólo teniendo en cuenta los antecedentes delictuales, la edad y la ocupación anterior del detenido, sino particularmente, su carácter. **Bueno Arús** manifiesta que se debe realizar una buena selección de los penados, teniendo en cuenta, además de la duración de la pena y el tiempo que falta por cumplir, su sentido de autorresponsabilidad²²⁴.

Este sistema requiere de un riguroso criterio de selección de los internos, ya que no todos los delincuentes son aptos para ingresar en el mismo. La selección debe hacerse en base a un examen médico-psicológico y una entrevista social²²⁵.

Existen otros países, como Suecia, donde los penados son ingresados directamente y sin observación previa en establecimientos abiertos²²⁶. En esta última línea se encuentra actualmente España donde se está potenciando el ingreso directo de los penados en las prisiones abiertas, denominadas Centros de Inserción Social. Este tipo de ingresos tiene sus orígenes en el Centro de Inserción Social Victoria Kent de Madrid, creado por Orden Ministerial de Justicia el 17 de febrero de 1993, siendo su director Santos Rejas, donde se admitía el ingreso directo de los penados sin previa observación en otros centros penitenciarios siempre y cuando reunían determinados requisitos²²⁷. En esta misma línea, actualmente, se admiten ingresos directos en todos los Centros de Inserción Social, tal es

²²³ Informe Actas del Congreso de La Haya de 1950. Verna. 1951. Pág. 149

²²⁴ BUENO ARÚS, F., *Nociones...*, *op. cit.*, pág. 268

²²⁵ CEREZO DOMINGUEZ, A., *op. cit.*, pág. 16

²²⁶ En Suecia la tercera parte de los reclusos están en régimen abierto y en la actualidad cuenta con más de cincuenta establecimientos abiertos. CEREZO DOMINGUEZ, A., *op. cit.*, pág. 17

²²⁷ Intervenciones eficaces con internos procedentes de libertad. Congreso Penitenciari Internacional: La funció social de la política penitenciària”, Barcelona, 2006.

el caso del de Valencia (Torre Espioca) de Valencia desde el 15 de junio de 2009²²⁸.

²²⁸ Protocolo de ingreso directo en el CIS: “El ingreso de un penado en prisión está regulado en el art. 15 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y desarrollado en el art. 15 del Reglamento Penitenciario que determina que el ingreso de una persona en prisión en calidad de penado se efectuará mediante sentencia firme de la autoridad competente. Pero el art. 16 del mismo reglamento establece la posibilidad de presentación voluntaria del penado en un centro penitenciario. En todo caso, la presentación voluntaria del penado se hará constar expresamente en su expediente personal.

En los casos de ingresos voluntarios, el Subdirector de Régimen o el funcionario que éste designe recabará del Juez o Tribunal sentenciador, dentro de las 24 horas siguientes al ingreso, el correspondiente mandamiento, así como, en su caso, el testimonio de sentencia y liquidación de condena. Si transcurrido, el plazo de 72 horas siguientes al ingreso, no se hubiese recibido en el centro documentación que legalice el mismo, se procederá a la excarcelación del ingresado.

Una vez producido el ingreso, según establece el art. 18 del Reglamento Penitenciario, se realizará su identificación para ello se procederá a verificar su identidad personal, efectuando la reseña alfabética, dactilar y fotográfica, así como a la inscripción en el libro de ingresos y la apertura del correspondiente expediente personal relativo a su situación procesal y penitenciaria. Igualmente, se procederá al cacheo de su persona y al registro de sus efectos, retirándose los enseres y objetos no autorizados.

Establece el artículo 72 de la LOGP y 102.4 del RP que es posible la clasificación inicial en tercer grado de los penados si reúnen las condiciones para ello, siempre y cuando estén capacitados para llevar un régimen de vida en semilibertad.

Según la Instrucción 9/2007, de 21 de mayo, de la Secretaría General de IIPP, son posibles las clasificaciones iniciales en tercer grado. En este caso el interno no ha experimentado, al menos teóricamente, una actuación expresa del tratamiento sobre él, y cabe suponer que o bien no se ve necesitado de un especial tratamiento resocializador o bien el mismo debe llevarse a cabo en el marco del régimen abierto. En ambos supuestos las variables de carácter criminológico-penal (ausencia de carrera delictiva, no excesiva condena, tipo delictivo etc..) y social (ausencia de carencias socio-laborales etc..) son las que definen el perfil del interno.

Por tanto, ordena la Instrucción. 9/2007 que serán clasificados inicialmente en tercer grado aquellos internos que presenten un pronóstico de reincidencia medio bajo a muy bajo, y no presenten factores de inadaptación significativos.

Estamos totalmente con este último criterio pues hay penados que debido a su perfil (tipo de personalidad,

El pronóstico de reincidencia bajo será apreciado por la existencia de factores tales como:

- Ingreso voluntario.
- Condenas no superiores a 5 años (recordemos la existencia del periodo de seguridad del art. 36.2 CP).
- Primariedad delictiva o reincidencia de escasa importancia
- Antigüedad en la causa por la que ingresó. (más de tres años).
- Correcta adaptación social desde la comisión de los hechos hasta el ingreso.
- Baja prisionización.
- Apoyo familiar pro social (origen y/o adquirida).
- Asunción del delito. (Valorando también la satisfacción de la responsabilidad civil tal y como establece el art. 72.5 LOGP)
- Personalidad responsable.
- En el caso de adicciones, que se halle en disposición de tratamiento.

Además de la concurrencia de estos factores positivos, será preciso que los internos *no presenten factores de inadaptación* significativos, tales como:

- Pertenencia a organizaciones delictivas (art. 72.6 LOGP)
- Personalidad de rasgos de carácter psicopático.
- Inadaptación a prisión.
- Escalada delictiva. etc....

Previamente a su ingreso el penado se ha de poner en contacto con el Director o Subdirectora de Tratamiento del CIS para indicarle el día que ha de presentarse a la entrevista para valorar si reúne los requisitos para ingresar directamente en el CIS.

Si el penado reúne los requisitos indicados podrá ingresar en el CIS el día que se le indique para realizar su clasificación conforme establece el art. 103 del Reglamento Penitenciario, no pudiendo salir el penado al exterior hasta que esté clasificado salvo en caso de urgencia médica o autorización del Director. Si por el contrario no cumple estos requisitos, se le indicará que su presentación deberá realizarla en la Unidad de Ingresos y Salidas del Establecimiento Penitenciario de Valencia.

primariedad delictiva, delito cometido, condena no muy elevada, buena inserción sociolaboral, etc.) podrían ingresar directamente en una prisión abierta, donde se les puede clasificar directamente en tercer grado y por tanto vivir en régimen abierto hasta que salgan en libertad condicional. Pero también es cierto que la mayoría de los penados, reincidentes y con largas condenas, deben pasar previamente por un establecimiento penitenciario para ser observados, clasificados y establecerles un programa de tratamiento adecuado que les permita ir superando las carencias que les han llevado al delito. Una vez conseguidos los objetivos tratamentales propuestos, cuando han disfrutado permisos de salida que avalan su intención de no quebrantar la condena ni de cometer nuevos delitos, es decir, demostrada su responsabilidad y autocontrol, nada impide que sean destinados posteriormente a una prisión abierta, desde la cual si su evolución es positiva podrán salir en libertad condicional. Por tanto los penados, bien inicialmente, bien por la evolución del tratamiento a que sean sometidos y están en condiciones de vivir en un régimen de semilibertad pueden ingresar en una prisión abierta²²⁹.

Así pues, la prisión abierta subsiste pero sin la formulación tradicional de sufrimiento y constreñimiento físicos. Pero sería absurdo pensar que en la prisión abierta no se sufre. Ella es tanto o más penosa que la prisión tradicional. Es fácil comprobar una mayor frustración y lucha interior en hombres que tienen la libertad a su alcance y no se sirven de ella compelidos por su conciencia moral, que en aquellos otros que al carecer de toda posibilidad de opción terminan “haciéndose al encierro”²³⁰. Estamos de acuerdo que en la prisión abierta el penado debe “luchar” con su conciencia para volver a la misma, no cabe duda, que es así como se demuestra el autocontrol y la responsabilidad que ha depositado en él la sociedad al permitirle vivir en este régimen de semilibertad.

²²⁹ GARCÍA BASALO, C. A., “Tratamiento de seguridad mínima”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, Nº 176-177, Enero-Junio, 1967, págs. 105 y ss.

²³⁰ NEUMAN, E., *op. cit.*, pág. 163

La experiencia práctica a nivel internacional muestra un porcentaje mínimo de evasiones en todos los países en que se halla en marcha el régimen abierto, aunque lógicamente ese porcentaje resulte superior al de las prisiones cerradas. Por tanto, para que la prisión abierta no fracase es necesaria una rigurosa *selección de los penados* destinados a la misma, una estricta, concreta y precisa selección de delincuentes ha de ser *conditio sine qua non* para que la prisión abierta siga vigente en el futuro.

Si el fracaso podía suponer el número elevado de individuos, mayor fracaso, se entendió, debía suponer la errónea elección de los mismos. Por eso, la elección se convirtió en uno de los temas más importantes de los Congresos sometido siempre a la máxima atención y diligencia normativa. Uno de los requisitos que se consideraron importantes a la hora de llevar a cabo la selección de los presos para este tipo de establecimientos fue la valoración de la aptitud del preso para adecuarse al régimen abierto, obviando los tradicionales sistemas de clasificación basados en la condena impuesta o en la tipología delictiva²³¹. Se estableció, por tanto, como criterio selectivo, la personalidad y actitud del preso sin discriminar ninguna categoría delincencial pero llevando a cabo exámenes medicopsicológicos y encuestas valorativas.

Compartimos el criterio del Congreso de Ginebra de 1955 en el que se adoptó una recomendación relativa a las debatidas penas cortas, en el sentido de que el régimen de los establecimientos abiertos puede contribuir a reducir las desventajas de las penas de prisión de corta duración. También estamos de acuerdo con **Neuman** cuando establece una serie de criterios que se deben tener en cuenta para destinar a los penados a una prisión abierta²³²:

²³¹ El Congreso de La Haya, no estableció de manera taxativa, como hizo el de Ginebra, la selección basada en la actitud y la personalidad del delincuente; sino que aludió a la clásica clasificación basada en la categorización delictual.

²³² NEUMAN, E., *op. cit.*, págs. 175-176

- Prescindir de los criterios tradicionales de clasificación de los delincuentes, ya sean basados en la penalidad impuesta, el delito cometido o en categorías legales. Un tratamiento penitenciario con finalidad claramente readaptativista y sin coerción alguna, sólo puede ser aplicado a individuos con determinadas aptitudes personales.

- Tener presente, en consecuencia, que no todos los delincuentes son aptos para ingresar en régimen abierto.

- Sopesar concreta y claramente las posibilidades del sistema penitenciario de cada país (establecimientos que tienen, volumen de criminalidad, etc.).

- Para determinar la aptitud del penado es necesario un serio estudio criminológico, biopsicosocial de carácter dinámico (anterior al delito, presente y futuro) de su personalidad y del ambiente en que se desarrolló, incluida la familia. Este estudio debe ser realizado por equipos de especialistas. No deben establecerse excepciones a priori de ninguna clase, lo esencial es conocer si el penado tiene la aptitud indispensable para desenvolverse y, consiguientemente, adaptarse con éxito en un medio tan peculiar como es la prisión abierta²³³.

Estamos de acuerdo con **García Valdés** cuando dice que se debe tender a la extensión del régimen abierto a la mayoría de los penados²³⁴. Esta misma idea es confirmada por **Mapelli Caffarena**, al manifestar su rechazo a criterios selectivos y

²³³ NEUMAN, E., *op. cit.*, pág. 477

²³⁴ GARCÍA VALDÉS, C., *La nueva Penología*, Madrid, 1977, pág. 54. En este mismo sentido se pronunciará años después la Instrucción 7/2009 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias cuando ordena que: deben ir destinados a régimen abierto, bien inicialmente o cuando su evolución así lo permita, todos aquellos internos que presenten una capacidad de inserción social positiva. Por tanto, según esta instrucción, deben acceder al régimen abierto *todos los penados capacitados* para cumplir su pena en régimen de semilibertad.

apriorísticos en la selección de los penados, que conducirían a una aplicación bastante restringida del régimen abierto²³⁵.

Lo habitual es que el penado quiera ser destinado a una prisión abierta, pero existen casos de internos que se niegan a ir este tipo de centro o estando en el mismo quieren volver a una prisión cerrada, ello puede ser debido a varios motivos. Uno de los principales es que el penado se siente acometido por sus deseos de evasión, y no quiere hacerlo puesto que ello da lugar a la comisión de un nuevo delito de quebrantamiento de condena y por tanto también a aumentar así su condena inicial. En otros casos el rechazo del régimen abierto es debido a la recaída en el consumo de drogas y temer cometer nuevos delitos para financiárselo o en la necesidad de delinquir al carecer de medios económicos para mantener a su familia. También podemos apuntar situaciones de frustración familiar, social o laboral, que incluso pueden acabar en suicidio ante la impotencia para superar estos problemas y no querer volver a una prisión cerrada.

Por todo ello ya en el Congreso de La Haya de 1950 establecieron que los presos remitidos a un establecimiento abierto deben ser elegidos atentamente, y debe ser posible devolver a un establecimiento cerrado a los que son incapaces o no tienen voluntad de vivir en un régimen basado sobre la confianza y la responsabilidad personal o cuando la conducta afecte negativamente al funcionamiento de la prisión o al comportamiento de otros presos. En este mismo congreso se aprobó, con buen criterio, una resolución que establecía que un establecimiento abierto debe estar ubicado en el campo, pero no en un lugar aislado sino que deberá encontrarse suficientemente cerca de un centro urbano. Este último criterio es actualmente el más adecuado puesto que la mayoría de los penados ya no se dedican a labores agrícolas sino que desempeñan puestos de

²³⁵ MAPELLI CAFFARENA, B., “*El régimen.....*”, *op. cit.*, pág. 344. En la que destaca Alemania con la clase de delincuencia no desempeña ningún papel primario a la hora de ser decretado el internamiento en un establecimiento abierto.

trabajo en la construcción, empresas, servicios, etc. Por tanto, es necesario que la prisión abierta esté ubicada en la ciudad o, al menos, que tenga buena comunicación (autobuses, metro, tren...) que permita al penado ir a su trabajo y regresar al centro en cualquier momento del día. No cabe duda que la estancia en una prisión abierta facilita la búsqueda de trabajo que incluso puede mantenerlo una vez alcanzada la libertad condicional y la definitiva, consiguiéndose con ello una adecuada reinserción sociolaboral. Cuando un penado realiza un trabajo adecuado para obtener un salario digno siente que está haciendo algo útil para él, su familia y su comunidad.

El Congreso de Ginebra de 1955 volvió a ratificar que: *“El recluso que se muestre incapaz de adaptarse al tratamiento en régimen abierto, o cuya conducta perjudique seriamente al buen funcionamiento de dicho establecimiento e influya desfavorablemente en el comportamiento de los demás reclusos, debe ser trasladado un establecimiento de otro tipo”*. En este mismo congreso se recomienda que se aplique el régimen abierto al mayor número de reclusos y el tratamiento debe estar basado en la disciplina que a su vez debe asentarse en sentimiento individual y colectivo de autocontrol (*self responsibility*). En la prisión abierta se establece un orden espontáneo, nacido de la responsabilidad solidaria.

Por regla general los delincuentes primarios mantienen en la prisión abierta pautas éticas, morales y jurídicas de una convivencia normalizada, pero también generalmente los delincuentes habituales son más proclives a las evasiones y a la comisión de nuevos delitos, que les suelen devolver a las prisiones cerradas. Las evasiones y la comisión de nuevos delitos es un riesgo que ha de asumirse conscientemente. Pese a que pudiera creerse lo contrario, se ha podido comprobar que las evasiones son mínimas en proporción a la cantidad de penados que son destinados a este tipo de prisión porque la barrera psicológica basada en la confianza y la autodisciplina rinde frutos prodigiosos²³⁶. Como ejemplo del bajo índice de no

²³⁶ NEUMAN, E., *op. cit.*, pág. 261

regresos al centro por parte de los internos clasificados en tercer grado vamos a citar el Centro de Inserción Social de Valencia, del cual se evadieron 34 internos en el año 2008 sobre una población anual de 1081 residentes y 31 en el año 2009 sobre una población de 1093. Como vemos el índice de quebrantamientos de condena está alrededor del 3%, pero pensemos que son internos que salen todos los días al exterior, siempre con la posibilidad de caer en la tentación de no volver.

Pero además de las ventajas de la prisión abierta para el penado, hay otras ventajas para el Estado, en primer lugar los gastos de construcción y mantenimiento son más reducidos y, en segundo lugar, se requiere una cantidad de personal mucho menor sobre todo de vigilancia. Además es conveniente que el número de penados no sea muy elevado pues es necesario el conocimiento individual de los mismos por parte del personal de la misma.

Estos Congresos Internacionales dejaron también patente la relación entre el número de presos albergados en los establecimientos abiertos y la eficacia en su funcionamiento²³⁷. Se entendió que una proporción de uno a diez, es decir, un preso en el establecimiento abierto por cada diez de los que se encontraban en establecimientos cerrados parecía razonable si de lo que se trataba era del conocimiento individual de cada individuo, pero era una cuestión que variaba en cada país, llegando algunos establecimientos abiertos a albergar hasta un total de tres mil en algún caso. Sin duda, el hacinamiento, si ya se entendía como perjudicial en las prisiones clásicas, en este tipo de establecimientos supuso el fracaso más absoluto en más de un caso.

El éxito de este tipo de establecimientos requería, como cuestión principal, la labor de aquellos funcionarios que, en contacto diario y permanente con los presos, supiesen empatizar

²³⁷ El Congreso Penal y Penitenciario de la Haya (1950) establece en su punto 3º: “El número de internos no debe ser elevado, pues el conocimiento individual por el personal, del carácter y las necesidades especiales de cada individuo, es de una importancia esencial”.

con ellos desde su realidad e individualidad y aplicarles, por tanto, un tratamiento exitoso²³⁸. La misión de estos profesionales debía implicar una figura referencial no basada exclusivamente en tareas de vigilancia discreta, sino en la transmisión de valores sociales y convivenciales unidos a la creencia en la utilidad de su trabajo y en la posesión de una personalidad firme, intuitiva y respetuosa. Sin duda, eran características difíciles de obtener todas juntas en una misma persona pero, más que encontrar a las personas ideales, de lo que se trataba era de formar a aquellas que manifestasen buena voluntad y conocimientos técnicos en el trato con éste tipo de colectivos. Mejor que a una buena selección, cuestión importantísima, era más sensato apelar a una buena formación y a una buena retribución. El número de funcionarios, se entendió, debía ser el apropiado para lograr un tratamiento adecuado, primando el factor cualitativo, equipos de profesionales especializados, frente al cuantitativo.

La finalidad de éstos establecimientos tuvo su razón de ser en establecer que el delincuente forma parte de la comunidad como miembro activo, y debe insertarse en ella progresivamente hasta que se incorpore plenamente de nuevo como ciudadano libre y de pleno derecho. Se consideraba pues de suma importancia, el explicar a la comunidad, principalmente para generar un sentimiento de seguridad y eficacia del sistema, no tanto el funcionamiento de los establecimientos y el régimen de orden y disciplina que debía reinar en ellos, que sin duda era vital, sino la beneficiosa influencia cultural, económica y sobre todo social que podía suponer la ubicación en la región de uno de estos establecimientos. Para ello, era preciso concienciar también a los presos sobre la responsabilidad que suponía la buena marcha del establecimiento. Esta labor de sensibilización

²³⁸ Refiere el I Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente: “Para que la readaptación social se produzca en un ambiente de confianza, es preciso que el personal conozca y sepa comprender el carácter y las necesidades particulares de cada preso y que sea capaz de ejercer una influencia moralizadora favorable. Por lo tanto el personal debe ser seleccionado en consecuencia”.

debía llevarla a cabo la Administración mediante los medios de comunicación social y el fomento de la participación en actividades comunes. Se propusieron actuaciones concretas tendentes a propiciar ese entendimiento tales como, invitar a la vecindad a las actividades culturales o deportivas que se desarrollaban en los distintos establecimientos, instar a los presos a colaborar en actividades beneficiosas para la propia comunidad, ayuda en hospitales, campos o talleres, etc.

Compartimos el criterio defendido en el I Congreso sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente de Ginebra (1955) de que es necesario conseguir la cooperación eficaz del público en general y en particular la de la comunidad para el buen funcionamiento de los establecimientos abiertos. Con este propósito, es preciso especialmente el informar al público sobre los fines y métodos de cada establecimiento abierto, así como sobre el hecho de que el régimen que en él se aplica exige del pendo un esfuerzo moral considerable. Determina también el Congreso de Ginebra de 1955 en su regla mínima nº 46: “La Administración penitenciaria se esforzará constantemente en mantener el espíritu del personal y en la opinión pública, la convicción de que la función penitenciaria constituye un servicio social de gran importancia, y al efecto, utilizará todos los medios para ilustrar al público. Del mismo modo reconoce el XII Congreso Penal y Penitenciario de la Haya (1950): “Es importante que la comunidad vecina comprenda los fines y los métodos de la prisión. Puede ser necesario con este objeto hacer una cierta propaganda y captar el interés de la prensa”.

Es evidente que en este tipo de establecimientos se abarataban los costes respecto de la prisión clásica. Se precisaba menos personal, el coste de la construcción es menor, pero la base de los mismos debe ser un tratamiento personalizado, basado en la autodisciplina y en la confianza, siendo muy importante los beneficios para la salud física y mental de los presos evitando los inconvenientes de la vida en prisión y restableciendo lazos sociales, familiares y personales.

Los Congresos Internacionales llegan a la conclusión de que es en este tipo de establecimientos, donde se puede aplicar

el trabajo como terapia de recuperación de los presos, es decir, como medio de tratamiento y de prevención²³⁹. No siempre el trabajo había sido considerado de este modo. Existe una cierta evolución (el trabajo como pena, el trabajo como corrector moralizante y la “laborterapia” como medio de tratamiento) que permite observar cómo el sentido expiacionista y económico desapareció de la pena privativa de libertad para dar paso a la readaptación social.

Respecto del trabajo penitenciario y su parangón con el trabajo en el medio libre, como establecieron posteriormente las reglas mínimas 72 y 73 del Congreso para la prevención del delito y el tratamiento del delincuente en Londres (1960), debía ser productivo, había de preparar al preso para poder vivir de él dignamente, y había de realizarse en las mismas condiciones y con los mismos derechos que un trabajador libre, porque un trabajo desempeñado desde esta perspectiva proporcionaría un sentimiento de vínculo respecto de la comunidad que por una parte eliminaría la hostilidad y la desconfianza que este tipo de colectivos genera y, por otra, se potenciaría sin duda su inclusión social.

Una prisión abierta con las características que se apuntaban en los Congresos, sin duda contribuía a reforzar al preso con valores positivamente y a potenciar su integración, de modo que la mitigación de las consecuencias físicas y psíquicas que el encierro y la exclusión suponían serían evidentes en poco tiempo²⁴⁰.

²³⁹ Establece el apartado d) del I Congreso de Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente: “La aplicación de la misma medida es menos onerosa en un establecimiento abierto que en una institución penitenciaria de otro tipo, especialmente si se tiene en cuenta que los gastos de construcción son más reducidos y que, en el caso de explotación agrícola, ésta dan rendimiento superior cuando está organizada en forma racional.”

²⁴⁰ Así lo establece el punto VIII a) del Congreso de Ginebra (1955): “El establecimiento abierto facilita la readaptación social de los presos y al mismo tiempo favorece su salud física y mental”.

La flexibilidad que suponía el régimen de estos establecimientos y la ausencia de coacción material y física, sin duda proporcionaba una disminución de la tensión funcionario-preso, ya que la relación entre ambos no nacía de la coacción sino del respeto a la autoridad, disminuyendo, por tanto considerablemente, la necesidad del recurso a la sanción²⁴¹.

Como establecieron los Congresos de 1950 y 1955, las condiciones de vida en estos establecimientos eran semejantes a la de la vida normal²⁴² aptas para organizar con mayor facilidad nuevas relaciones sociales, laborales, familiares y afectivas.

Para los casos de inadaptación e indisciplina, en ambos Congresos se propuso como consecuencia el ingreso del preso en un centro de mayor seguridad²⁴³. De ahí que estos

También el anexo 4º.a) del Congreso Penal y Penitenciario de la Haya (1950): “Tanto la salud física como la salud mental de los presos son igualmente mejoradas”. Y el anexo 4.d): “La ausencia de un aparato físico de represión y emprisionamiento y el aumento de las relaciones de confianza entre los presos y el personal son aptas para afectar su concepción antisocial y suscitar condiciones propicias para un sincero deseo de readaptación.”

²⁴¹ Así lo expresa el punto 8.b) del Congreso de Ginebra (1955): “La flexibilidad inherente al régimen de establecimientos abiertos hace que el reglamento sea menos severo, que se atenúe la tensión de la vida penitenciaria y por consiguiente que se mejore la disciplina. Además la ausencia de coacción material y física y las relaciones de mayor confianza entre los presos y el personal son tales que tienden a inspirar a los presos un deseo sincero de readaptación social”.

Idea que se expresa también en la Resolución 4º.c) del Congreso de la Haya (1950): “Las tensiones de la vida penitenciaria normal son atenuadas, es más fácil mantener la disciplina y raramente hay necesidad de recurrir a las sanciones disciplinarias”.

²⁴² El punto VII. C) del Congreso de Ginebra recoge que: “Las condiciones de vida en los establecimientos abiertos se acercan a las de la vida normal. Por ello permiten organizar más fácilmente relaciones convenientes con el mundo exterior y de esa manera consiguen que el preso se dé cuenta de que no ha roto todo lazo con la sociedad; de igual manera, y como ejemplo, pueden organizarse paseos en grupo, competencias deportivas con equipos del exterior y aún conceder permisos de salida individuales, especialmente destinados a mantener lazos familiares.”

²⁴³ La resolución 3 del Congreso de la Haya (1950) establece:

establecimientos no fueron concebidos exclusivamente como independientes y autónomos. Se entendió que el sistema dual elegido, en parte autónomo y en parte adherido a la institución clásica, solucionaba el tema de la indisciplina. Curiosamente se optó por un sistema novedoso en la ejecución, pero las sanciones se llevan a cabo dentro del sistema presdial clásico. Ciertamente, en este tipo de establecimientos los riesgos de fuga o evasión existían. Haciendo una estimación valorativa, eran mucho mayores las ventajas que suponían que esos posibles inconvenientes que se producían, todo sea dicho, en número muy escaso²⁴⁴.

La prisión abierta significa fundamentalmente la posibilidad del reconocimiento del ser humano en su dimensión más íntegra, esto es, dotado de libertad y de responsabilidad, pues él es el responsable de sí mismo, "la penalización subsiste aún en este nuevo régimen, sin la formulación tradicional de sufrimiento y constreñimientos físicos de la prisión clásica. Pero psicológicamente es tan o más penosa que ésta por la mayor frustración y lucha interior de los seres humanos que tienen la libertad a su alcance y no se sirven de ella, compelidos por su conciencia moral, pero al mismo tiempo es edificadora, pues la decisión y la responsabilidad se apoyan en la palabra empeñada,

“f) y debe ser posible transferir a un establecimiento de otro género a todos ellos cuando se compruebe que son incapaces o no tienen voluntad en el régimen basado en la confianza y la responsabilidad personal o cuando la conducta afecte de alguna manera enfadosamente el control normal de la prisión o el comportamiento de otros presos”.

El Congreso de Ginebra (1955) sugiere en su recomendación V): “El preso que se muestre incapaz de adaptarse al tratamiento de un establecimiento abierto, o cuya conducta perjudique seriamente el buen funcionamiento de dicho establecimiento e influya desfavorablemente en el comportamiento de los demás presos, debe ser trasladado a un establecimiento de otro tipo”.

²⁴⁴ El Congreso de Ginebra (1955) establece en el punto VIII “Indudablemente en los establecimientos abiertos, el riesgo de evasión y el peligro de que el preso haga mal uso de sus relaciones con el exterior son mayores que en otro tipo de establecimiento penitenciarios, pero esos inconvenientes resultan ampliamente compensados por las ventajas...”.

que sí le otorga valor como persona, parte importante y confiable de una comunidad".

La prisión abierta permite el permanente contacto con las familias, evitando así el desmembramiento del núcleo básico de contención de cualquier ser humano. La excelencia de este régimen, apoyado tanto en la convivencia en sociedad como en la familiar, reposa en el sentido humano que lo promueve, y en el hecho facilitar la inserción sociolaboral del penado, que, en un periodo más o menos largo, volverá a ser una persona libre que ha satisfecho su responsabilidad penal, y, por tanto, podrá vivir como cualquier otro ciudadano.

Todos estos criterios son apoyados en mayor o menor medida por las normativas internacionales en materia penitenciaria.

En el primer Congreso de la ONU para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra el 30 de agosto de 1955, se aprobaron las reglas mínimas para el tratamiento de reclusos. En la misma dirección, el Comité de Ministros Europeos en el marco del Consejo de Europa aprobó en enero de 1973 las Reglas Penitenciarias Europeas, reformadas en 1987, para reforzar el respeto por los Derechos humanos de los reclusos y el cumplimiento del principio de legalidad en la ejecución penitenciaria. En ambos textos queda muy clara la finalidad de reconsiderar al recluso como un sujeto perteneciente a la sociedad, titular de derechos que no pierden su virtualidad por la sujeción a la que se ve sometido, así como la adquisición de otros que nacen, precisamente, de dicha sujeción a la relación penitenciaria, el derecho al tratamiento penitenciario (regla 58): *“El fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, en definitiva proteger a la sociedad contra el crimen. Sólo se alcanzará ese fin si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también sea capaz de hacerlo.”*

En esta línea, importa resaltar los siguientes principios rectores contenidos en estas normas:

1. La prisión y las otras medidas cuyo efecto es separar a un delincuente del mundo exterior son aflictivas porque despojan al individuo de su derecho a disponer de su persona al privarle de su libertad. Pero el sistema penitenciario no debe agravar los sufrimientos inherentes a tal situación.

2. El fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra el crimen. Sólo se alcanzará este fin si se aprovecha el periodo de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, también que sea capaz de hacerlo.

3. Para lograr este propósito, el régimen penitenciario debe emplear, y aplicar conforme a las necesidades del tratamiento individual de los delincuentes, todos los medios educativos y de otra naturaleza, así como todas las formas de asistencia de que puede disponer.

4. El régimen del establecimiento debe respetar la dignidad de las personas privadas de libertad.

Resulta conveniente que, antes del término de la ejecución de una pena o medida, se acojan los medios necesarios para asegurar al recluso un retorno progresivo a la vida en sociedad. Este propósito puede alcanzarse, según cada caso, con un régimen preparatorio para la liberación organizando dentro del mismo establecimiento o en otra institución apropiada, mediante una liberación condicional, bajo una vigilancia que no deberá ser confiada a la policía, sino que comprenderá una asistencia social eficaz.

5. En el tratamiento debe reducir lo más posible la exclusión de los reclusos de la sociedad, puesto que éstos continúan formando parte de ella.

6. El deber de la sociedad no termina con la liberación del recluso. Se debe disponer, de los servicios de organismos gubernamentales o privados capaces de prestar al recluso puesto en libertad una ayuda post penitenciaria eficaz. Esta ayuda procurará disminuir los prejuicios hacia él y permitirá una readaptación a la comunidad.

En esta mismo sentido se ha mantenido la Recomendación R(2006)2 del Comité de Ministros a los estados miembros sobre las normas penitenciarias europeas, así en su norma 107 establece que “*se debería prestar especial atención a la preparación de los reclusos condenados para que puedan llevar a cabo una vida respetuosa de la ley en el seno de la comunidad. Los regímenes de preparación para la puesta en libertad se deberían centrar en esta finalidad y se deberían establecer vínculos en con la comunidad...*”.

Por tanto, podemos concluir este apartado defendiendo que la prisión abierta tiene claros efectos de prevención especial pues los vínculos familiares, afectivos, laborales y sociales quedan asegurados y se convierten sólidas ataduras para, en el futuro, alejar a los penados de la delincuencia, produciendo con ello una gran rentabilidad social²⁴⁵.

²⁴⁵ En este sentido se manifiesta KAUFMAN, Hilde, *Principios par la reforma de la ejecución penal*, Buenos Aires, 1977, págs. 17 y ss.

CAPÍTULO II: EL MARCO LEGISTIVO DEL SISTEMA PENITENCIARIO ESPAÑOL

A. EL SISTEMA PENITENCIARIO: MARCO JURÍDICO-LEGISLATIVO

Podemos empezar este capítulo afirmando, y así lo demostraremos a lo largo de este trabajo, que gozamos en nuestro país de uno de los marcos legislativos en materia penitenciaria más avanzados de los países de nuestro entorno, pues nuestra legislación potencia, como determina la LOGP en su exposición de motivos, el uso del régimen abierto y la reducción del cerrado a supuestos extraordinarios. Pero antes de nada, hemos de ver cuáles son las principales fuentes del Derecho penitenciario español actual que, en sentido amplio, comprenden²⁴⁶:

1º. La Constitución de 1978 que regula los principios básicos de la ejecución penal en su art. 117.3 y 4, y la finalidad de las penas y medidas de seguridad en su art. 25.2.

2º. La Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, de 26 de Septiembre.

3º. El Reglamento Penitenciario recogido en el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, que mantiene algunas disposiciones del Reglamento Penitenciario recogido en el Real Decreto 1201/81, de 8 de Mayo, y otros artículos del Reglamento del Servicio de Prisiones de 1956.

4º. El Código Penal de 1995 que en su art. 36 establece el principio de ejecución de la pena de prisión y, tras la reforma de la LO 7/2003, de 30 de junio, de Ejecución íntegra y efectiva de

²⁴⁶ CERVELLÓ DONDERIS. V., *Derecho...*, op. cit., 1ª Ed., 2001, pág. 69; 2ª Ed., 2006, pág. 84; 3ª Ed., 2012, pág. 47

las penas que alteró, como veremos más adelante, el sistema de individualización científica de las penas al incorporar el *periodo de seguridad*, mantenido pero modificado y más flexibilizado²⁴⁷ por la LO 5/2010, de 22 de junio, que reforma el Código Penal. Los artículos 76 y 78 regulan los límites de ejecución de las penas en los que se establecen periodos de tiempo necesarios de cumplimiento para acceder a permisos, tercer grado, libertad, condicional y beneficios penitenciarios. También regula la libertad condicional en los artículos 90 a 93, igualmente reformados por la LO 7/2003 de Ejecución íntegra y efectiva de las penas. Las últimas reformas del Código Penal, sobre todo las aprobadas en los años 2003 y 2010, han supuesto un claro retroceso en la dirección marcada por el legislador de 1995²⁴⁸, y mucho más con respecto a la LOGP de 1979 que potenciaba la “individualización” frente a los criterios de plazos de cumplimientos objetivos más propio del sistema progresivo del derogado Código Penal de 1973.

5°. De la Ley de Enjuiciamiento Criminal cabe destacar la regulación de las sentencias penales y las acumulaciones de las mismas (art. 983 a 998), de la prisión provisional (art. 502 a 519), de los detenidos y presos (art. 520 a 527), y la libertad provisional (art.528 a 544).

6°. La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 (reformada por LO 4/1987, de 15 de Julio y LO 7/1988 de 28 de Diciembre) se refiere a la figura del Juez de Vigilancia y la Disposición adicional quinta regula los recursos que caben interponer ante aquél; esta disposición ha sido reformada por la LO 5/2003, de 27 de mayo que modifica la citada Ley Orgánica del Poder Judicial y por la LO 7/2003, de 30 de junio, de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas. También hemos de tener en cuenta la Ley de Demarcación y Planta Judicial.

²⁴⁷ GONZÁLEZ TASCÓN, M., *El periodo de seguridad*. Dentro de la obra *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. Dirigida por ÁLVAREZ GARCÍA; F. J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Valencia, 2010, pág. 93

²⁴⁸ JUANATEY DORADO, C., *Manual...*, *op. cit.*, pág. 60

7º. La Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común, y la reformada de la misma por Ley 4/99, de 14 de enero. Esta ley regula el funcionamiento de los órganos colegiados en los establecimientos penitenciarios.

8º. La Jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. También cabe destacar los Acuerdos del CGPJ y de los Jueces de Vigilancia, las Circulares o Instrucciones de la Fiscalía General del Estado, así como los Autos de los Juzgados de Vigilancia y las resoluciones de Tribunales que resuelven los recursos en materia penitenciaria²⁴⁹.

9º. Normas emanadas de Organismos internacionales, de las que destacamos²⁵⁰:

-Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de agosto de 1948

-Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos de la ONU de 30 de agosto de 1955

-Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, ratificado por España el 27 de Abril de 1977²⁵¹.

-Reglas Penitenciarias del Consejo de Europa de 1987 que se refieren a las condiciones mínimas, separación penitenciaria, derecho de defensa, asistencia sanitaria, alimentación,

²⁴⁹ TAMARIT SUMALLA, J. M^a, GARCÍA ALBERO, R., RODRÍGUEZ PUERTA, M^a J. y SAPENA GRAU, F., *Curso de Derecho Penitenciario*, 2^a Ed. Valencia, 2005, pág. 27

²⁵⁰ CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho...*, *op. cit.*, 1^a Ed., 2001, pág. 74; 2^a Ed., 2006, págs. 85-86; 3^a Ed., 2012, págs. 47-48

²⁵¹ CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho...*, *op. cit.*, 1^a Ed., 2001, pág. 74; 2^a Ed., 2006, pág. 85; 3^a Ed., 2012, pág. 47

comunicaciones y métodos de tratamiento. Tercera versión aprobada por el Consejo de Europa el 11 de Enero de 2006²⁵².

-Convenio europeo sobre traslado de personas condenadas de 21 de Marzo de 1983, ratificado como Instrumento (18 de Febrero de 1985)

-Convenio europeo para la prevención de la tortura y penas inhumanas o degradantes de 26 de Noviembre de 1987, ratificado como Instrumento (28 de abril de 1989).

-Convención de Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes de 10 de Diciembre de 1984, ratificado como Instrumento (21 de Octubre de 1987)

10º. Las Instrucciones y Circulares de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias²⁵³. El art. 149.1.6 de la CE establece la exclusiva competencias estatal respecto a la legislación penal y penitenciaria, pero el art. 79 LOGP permite la asunción por la Comunidades Autónomas de la ejecución de la legislación y gestión de centros penitenciarios, y por tanto dictar normas reglamentarias en este sentido. Hasta ahora sólo tiene transferidas estas competencias la Comunitat de Catalunya, que por tanto tiene la facultad de dictar Circulares internas de interpretación de la normativa penitenciaria²⁵⁴.

11º. Las Normas de régimen interior de los establecimientos penitenciarios que regulan la convivencia de los internos, son elaboradas por el Consejo de Dirección de cada centro y aprobadas por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias (art. 271-b RP)

²⁵² MAPELLI CAFFARENA, B., “Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2006

²⁵³ CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho...*, op. cit., 1ª Ed., 2001, pág. 73; 2ª Ed., 2006, págs. 90-91

²⁵⁴ CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho...*, op. cit., 1ª Ed., 2001, págs. 75-77; 2ª Ed., 2006, págs. 91-93

1. La Constitución Española de 1978

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

Este artículo dispone que la finalidad fundamental de las penas y medidas de privación de libertad es la prevención especial, entendida como reeducación y reinserción social de los condenados, sin perjuicio de las finalidades de advertencia e intimidación de la prevención general. Por tanto, de la declaración de este artículo se deduce que la reeducación y reinserción social no es el único fin de la pena privativa de libertad como reconoce **Luzón Peña**²⁵⁵ (así se reconoce en la STC 55/1996, de 28 de marzo, al indicar que esta prioridad de la finalidad de reeducación y reinserción social de las penas, evidentemente, no ha de tomarse de forma exclusiva, de tal manera que ignore los otros fines).

Como vemos, el art. 25.2 de la CE contiene un pronunciamiento expreso sobre la orientación de las penas y medidas de seguridad hacia la reeducación y reinserción social de los sentenciados, aunque no excluye la coexistencia de otros fines como ha ratificado el Tribunal Constitucional²⁵⁶. Sin

²⁵⁵ LUZÓN PEÑA, D., *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid, 1979, pág. 47.

²⁵⁶ Entre otras SSTC 2/1987 y 150/1991 y AATC 486/1985 y 1112/1988, afirman que "El citado precepto constitucional no establece que la reeducación y reinserción social sea la única finalidad legítima de la pena privativa de libertad, y, en todo caso, supone un mandato del constituyente al

embargo el ideal resocializador entró en una profunda crisis²⁵⁷ que coincide con el de la propia pena privativa de libertad, puesto que la cárcel produce, generalmente y por desgracia, efectos nocivos. Es un medio hostil, desocializador y estigmatizante, dado que resulta difícil educar para la libertad en condiciones de no libertad, máxime, cuando en la sociedad carcelaria predominan códigos de conducta negativos para el ser humano, como la subcultura carcelaria²⁵⁸, que al ser

legislador para la orientación de la política penal y penitenciaria del que no se deriva derecho subjetivo, y menos aún de carácter fundamental susceptible de amparo”

²⁵⁷ Las críticas a las teorías resocializadoras son generalizadas entre la doctrina científica. FERNÁNDEZ GARCÍA, J., *El Tratamiento penitenciario resocializador*. Dentro de *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*. Coords. DIEGO-DÍAZ SANTOS, R. y FABIÁN CAPARRÓS, E., 1995, págs. 94 y ss. También en *Manual de Derecho Penitenciario*, Coords. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., 2001, actualizado 2003, pág. 131 y ss. También en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*, Tomo VI, Derecho Penitenciario, Coord. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., 2010, pág. 39 y ss.; MUÑOZ CONDE, F., *La resocialización del delincuente: análisis y crítica de un mito*, Política criminal y reforma del Derecho Penal, Colombia, 1992. BUSTOS RAMÍREZ, J., *Control social y sistema penal*, Barcelona, 1987, BERGALLI, R., *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1976, MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Barcelona, 1983, pág. 133, GRACIA DE MOLINA, A., *La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo*, ADP, 1979, págs. 645-700. ZAFFARONI, E. R., *Política criminal latinoamericana*, Buenos Aires, 1982.

²⁵⁸ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal y control social*, Fundación Universitaria de Jerez, 1985, pág. 101. CLEMMER, P., *La sociedad carcelaria*, Bostón, 1940: En la prisión coexisten dos sistemas de vida diferentes: *el oficial*, representado por las normas legales que disciplinan la vida de la cárcel, y *el no oficial*, que rige realmente la vida de los reclusos y sus relaciones entre sí. Este sistema no oficial es lo que se llama “código del recluso”, conforme al cual el recluso no debe nunca cooperar con los funcionarios y mucho menos facilitarles información que pueda perjudicar a un compañero. Complementariamente existe un principio de legalidad recíproca entre los reclusos. Los reclusos se rigen pues por sus propias leyes e imponen sanciones a quienes las incumplen. Si alguien entra en prisión y quiere sobrevivir, ha de adaptarse a la forma de vida y a las normas que les

interiorizadas por el individuo provocan el fenómeno de la “prisionización”. Por su parte, la rehabilitación parece predicarse exclusivamente para delincuentes marginales e inadaptados y no para aquellos perfectamente integrados en las normas sociales vigentes.

Por tanto, la Constitución asume la corriente a favor de la idea de la “resocialización”, en sustitución de las ideas correccionales que habían imperado en el siglo XIX. Aunque el art. 25.2 CE habla también de “reeducación” (entendida como la compensación de las carencias del penado ofreciéndole todas las herramientas necesarias para facilitar su aprendizaje para que cuando sea excarcelado no vuelva a delinquir), la tendencia actual, como luego veremos, se centra, básicamente, en la reinserción social a través de la humanización del castigo y la oferta de asistencia social, más que a través de terapias psicológicas o similares tendentes a modificar la personalidad del condenado²⁵⁹. Consecuentemente la reinserción social consiste en favorecer el contacto activo del penado con la sociedad para atenuar la nocividad del internamiento, tratando para ello que ésta se ejecute en la forma más semejante a la vida en libertad.

Para la mayoría de la doctrina²⁶⁰, la finalidad resocializadora prevista en el orden constitucional está dirigida principalmente al ámbito penitenciario, aunque otros autores²⁶¹ entienden que aunque el art. 25.2 tiene una orientación

imponen sus propios compañeros. El recluso adopta una nueva forma de lenguaje, desarrolla hábitos nuevos en el comer, vestir y dormir, acepta un papel de líder o secundario en los grupos de reclusos, establece nuevas amistades, etc.

²⁵⁹ JUANATEY DORADO, C., *Manual...*, op. cit., págs. 64-65

²⁶⁰ Entre otros MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Barcelona, 1983, pág. 133.

²⁶¹ CÓRDOBA RODA, J., *La pena y sus fines en la constitución*, Bogotá, 1982, págs. 155-166. En el mismo sentido GARCÍA ARÁN, M., *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho Español*, Barcelona, 1982, pág. 186.

penitenciaria no por ello deja de tener implicaciones para el resto de las instancias penales. Por otra parte, esta finalidad resocializadora de la ejecución penitenciaria, está en consonancia con las denominadas *teorías mixtas*, en el sentido de que pretenden la unión de los fines de retribución y prevención según la diferenciación propuesta por autores como Schmidhäuser Roxin, de tres momentos en la pena (amenaza, aplicación y ejecución). Es precisamente en el momento de la ejecución donde la prevención especial es la finalidad fundamental a desarrollar por la pena en la última fase del Derecho penal²⁶². Las penas deben, por tanto, encaminarse hacia la resocialización del reo, entendida ésta como una vida sin delitos. A este respecto, la doctrina del Tribunal Constitucional tiene acreditado que “el citado precepto constitucional (art. 25.2) no establece que la reeducación y reinserción social sea la única finalidad legítima de la pena de privación de libertad, y, en todo caso, supone un mandato del constituyente al legislador para la orientación de la política penal y penitenciaria del que no se deriva derecho subjetivo, y menos aún de carácter fundamental susceptible de amparo” (SSTC 75/1998, de 31 de marzo). Igualmente se afirma que “tampoco la Constitución Española erige a la prevención especial como única finalidad de la pena; antes al contrario, el art. 25.2 no se opone a que otros objetivos, entre ellos la prevención general, constituyan asimismo una finalidad legítima de la pena” (Entre otras STC 2/1987, de 21 de enero, Auto TC 486/1985 de 10 de julio o Auto TC 112/1988 de 10 de octubre).

Por tanto, el Tribunal Constitucional determina que este art. 25.2 ordena al legislador tener en cuenta la importancia del principio constitucional de la orientación de la pena privativa de libertad, pero que no es un derecho amparable que condicione la posibilidad y la existencia de la misma pena sólo en esa orientación; y además contiene un mandato al legislativo para

²⁶² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, Madrid, 1999, pág. 30.

orientar la política penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos²⁶³.

Dentro del derecho comparado encontramos artículos muy semejantes, como por ejemplo el art. 27.3 de Constitución italiana de 1947²⁶⁴ que establece "*las penas no podrán consistir en tratamientos contrarios al sentido de humanidad y deberán encaminarse a la reeducación del condenado*".

La reeducación desde el punto de vista de nuestra legislación debe ser entendida como resocialización o como recuperación social. Se trata de que el sujeto adquiera la capacidad de vivir en la sociedad con respeto hacia la ley penal, de condicionar al sujeto a los valores dominantes en un determinada colectividad, pero solamente en su aspecto externo. Se exige el acatamiento externo de la norma con objeto de evitar la reincidencia, y que no se exige por parte del penado su adhesión interna de determinadas escalas de valores²⁶⁵. Como bien dice **Luzón Peña** se trata de intentar convencer, o en cualquier caso de dar medios al sujeto (si es preciso también psicológicos, ayudándole a resolver sus problemas, complejos, conflictos internos, etc.) para que no delinca, es decir, para que no atente contra bienes jurídicos penalmente protegidos, comparta o no los valores sociales²⁶⁶.

Por otro lado, reinsertar es un proceso de introducción del individuo en la sociedad, ya no se trata como en el caso de la reeducación de facilitar el aprendizaje para que sepa reaccionar debidamente en el momento en que se produzca su liberación²⁶⁷.

²⁶³ En contra de este criterio TAMARIT SUMALLA, J., GARCÍA ALBERO, R., SAPENA GRAU, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M^a. J., *op. cit.*, 1^a Ed., Barcelona, 1996, pág. 40.; y 2^a Ed., Valencia. 2005. Pág. 47

²⁶⁴ GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la legislación penitenciaria*, Madrid, 1984, pág. 33

²⁶⁵ ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Granada, 2001, págs. 61 -62

²⁶⁶ LUZÓN PEÑA, D. M., *op. cit.*, pág. 53

²⁶⁷ MAPELLI CAFFARENA, B., *op. cit.*, pág. 151

Pero para evitar que esta vuelta a la sociedad sea brusca, pese a sus riesgos y efectos secundarios –entrada de droga en las prisiones, facilitar quebrantamientos de condena, etc.–, es necesario, como bien dice **Álvarez García**, potenciar el máximo contacto de los internos con el exterior durante el cumplimiento de la pena – a través de visitas familiares, permisos de salida, etc. – resulta *conditio sine qua non* para el éxito de cualquier política de reinserción²⁶⁸.

El Estado tiene la obligación de construir un sistema de ejecución de la pena que ofrezca al condenado medios y oportunidades para su reinserción social y, por otra, cuando menos, en la exigencia de institutos jurídicos que puedan facilitar la resocialización sin lesionar los objetivos de la prevención general, como es el sistema de grados muy fluido que permite llegar cuando conviene a la semilibertad y a la excarcelación²⁶⁹.

Por tanto, la Administración Penitenciaria tiene que iniciar un proceso de rehabilitación de los contactos sociales del recluso atenuando la pena cuando ello sea posible, o bien haciendo que la vida se desarrolle dentro del establecimiento penitenciario se asemeje a la vida en libertad²⁷⁰. Por otro lado, esta administración debe esforzarse en el momento de la liberación por facilitar los medios para que pueda producirse un tránsito de la privación de movimientos a la libertad lo menos traumático posible, así como aquéllos subsidios imprescindibles para su reincorporación a la vida en común²⁷¹.

²⁶⁸ **ÁLVAREZ GARCÍA**, F. J., *op. cit.*, pág. 79

²⁶⁹ **BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE**, I. (Coordinador), **ZÚÑIGA RODRÍGUEZ**, L., **PÉREZ CEPEDA**, A., **SANZ MULAS**, N. y **FERNÁNDEZ GARCÍA**, J., *Lecciones...*, *op. cit.*, pág. 57

²⁷⁰ **BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE**, I. (Coordinador), **ZÚÑIGA RODRÍGUEZ**, L., **PÉREZ CEPEDA**, A., **SANZ MULAS**, N. y **FERNÁNDEZ GARCÍA**, J., *Lecciones...*, *op. cit.*, pág. 53

²⁷¹ **MAPELLI CAFFARENA**, B., *op. cit.*, pág. 152

No cabe duda que tanto la mayor potenciación de los contactos con el exterior como que la forma de reincorporación a la sociedad sea lo menos traumática posible se puede conseguir mediante el régimen abierto y la libertad condicional. Estos mecanismos permiten, dentro de los límites que marquen otras finalidades de la pena concurrentes con los preventivos especiales, atender las necesidades de reeducación y reinserción²⁷², pues, como bien dice **Castro Moreno**, durante la fase de ejecución o de cumplimiento de la pena, ésta debería atender, en la medida de lo posible, a criterios de reeducación y reinserción social del delincuente (prevención especial), aunque no debe significar, según la interpretación del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y la mayor parte de la doctrina que esta finalidad de la pena sea la única autorizada por la Carta Magna²⁷³.

El Texto Constitucional no impone una determinada finalidad de la pena. Lo que la Constitución de 1978 contiene, según **Lamarca Pérez**, es un conjunto de límites, orientaciones y pautas que excluyen o, por el contrario, alientan determinadas políticas legislativas o ciertos criterios interpretativos²⁷⁴. Como bien dice **Muñoz Conde** el problema actual del Derecho penal se encuentra en el *conflicto existente entre prevención especial y prevención general*, que se traduce en el conflicto entre individuo y sociedad...La sociedad tiene derecho a proteger sus intereses más importantes, recurriendo a la pena si ello es necesario; el delincuente tiene derecho a ser tratado como persona y a no quedar definitivamente apartado de la sociedad, sin esperanza de poder reintegrarse en la misma...El dilema se resuelve casi siempre a favor de la prevención general, no sólo porque la sociedad es más fuerte que el individuo, sino también porque el Derecho penal, como todos los sistemas de control

²⁷² ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *op. cit.*, pág. 85

²⁷³ CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas* (Análisis crítico sobre los fines de la pena), Madrid, 2008, págs. 118-119

²⁷⁴ LAMARCA PÉREZ, C., “Posibilidades y límites de la dogmática penal”, *Revista de Cuadernos de Política Criminal*, 1987, Nº 33, págs. 559-560

social, está al servicio de la protección de intereses sociales y todas sus instituciones procuran cumplir esa función. Lo único que se puede hacer es intentar que la finalidad preventiva general no se “pervierta”, que sea lo más justa, racional y controlable posible, que esté al servicio de intereses legitimados democráticamente y que se lleve a cabo con un mínimo de costo de represión y de sacrificio de la libertad individual²⁷⁵.

La vida en prisión debe tomar como referencia la vida en libertad, reduciendo al máximo los efectos nocivos del internamiento, favoreciendo los vínculos sociales, la colaboración y participación de las entidades públicas y privadas y el acceso a las prestaciones públicas. Por tanto, la prisión debe servir como medio para poder recuperar para la sociedad a las personas que han delinquido. De esta forma, **Bueno Arús** señala que la reinserción favorece tanto al delincuente como a la sociedad²⁷⁶.

García Arán alude a la importancia del periodo de ejecución de la condena como factor para poder reinsertar al sujeto condenado, de esta forma indica que, “...para evitar el nuevo delito es imprescindible que el condenado no termine el cumplimiento de la pena en peores condiciones de socialización que los que presentaba antes, lo que impone el criterio de la *no desocialización* como rector de la ejecución penitenciaria, que sólo debe aspirar a conservar unas condiciones mínimamente favorables para la recuperación a la libertad sino incluso, a la mayoría de las mismas”²⁷⁷. Esta misma autora manifiesta que la orientación constitucional de las penas privativas de libertad evita un concepción puramente segregacionista de la prisión, permite el principio de humanidad de las penas y recoge la

²⁷⁵ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal y control social*, Jerez, 1985, págs. 124-125

²⁷⁶ BUENO ARÚS, F., *La ciencia del Derecho penal: un modelo de inseguridad jurídica*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2003, pág. 82.

²⁷⁷ GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de las penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, Pamplona, 1997, pág. 37.

finalidad preventivo especial que permite renunciar a la pura retribución y proporcionar fundamento constitucional a instituciones por la que se evita la prisión o se mitiga la dureza de su cumplimiento, preparando para la libertad”²⁷⁸.

El legislador fue consciente de que la prisión no era el medio más idóneo para preparar a una persona para convivir en sociedad y respetando unas normas de convivencia. Es por ello que se tuvieron en cuenta, para paliar algo los efectos de la privación de libertad y como preparación del penado para conseguir la reinserción, diversas formas para ir acercando al condenado a la sociedad, como el caso de los permisos de salida al exterior (art.154 y ss. RP), la aplicación del tercer grado (arts. 82 y 83 RP) y la libertad condicional en la fase final de cumplimiento (art. 90 CP)²⁷⁹.

Por todo ello el TC ha afirmado que el art. 25.2 CE contiene un mandato dirigido al legislador y a la Administración penitenciaria para orientar la política penitenciaria, así lo han referido las *SSTC 150/1991, de 4 de julio* (Fundamento Jurídico (FJ) 4º), *19/1988, de 16 de febrero* (FJ 9º), *28/1988, de 23 de febrero* (FJ 2º), *55/1996, de 28 de marzo*, (FJ 4º), *234/1997, de 18 de diciembre* (FJ 7º), *88/1998, de 21 de abril*, (FJ 3º). Queda claro que aunque no recoge un derecho fundamental sí debe prevalecer en cuanto a la ejecución de las penas. Así lo indica la *STC 115/2003, de 16 de junio*, en el FJ 4º: “ Y aunque hayamos afirmado que el art. 25.2 de la Constitución no contiene un derecho fundamental sino un mandato al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, ello no significa que pueda desconocerse en la aplicación de las leyes; menos aún cuando al legislador, cumpliendo el mandato de la Constitución, establece diversos mecanismos e instituciones en la legislación

²⁷⁸ GARCÍA ARÁN, M., *op. cit.*, pág. 31

²⁷⁹ De la misma forma opina ARRIBAS LÓPEZ, E., “Reflexiones entorno a los fines de la pena y a los regímenes de la pena de prisión”, *Revista del Poder Judicial*, N° 77, 2004, pág. 65, ya que señala este autor que hay que ir “acomodando y ajustando, preparando, si se quiere, *progresivamente* al interno a la comunidad que, antes o después, tendría que volver a recibirlo definitivamente como miembro activo”.

precisamente encaminados a garantizar la orientación resocializadora, facilitando la preparación de la vida en libertad, uno de cuyos mecanismos es, concretamente el de la concesión de dichos permisos”.

De esta manera aparece la posibilidad del régimen abierto, en sus diversas modalidades y la libertad condicional. Igualmente, el adelantamiento de la libertad condicional, y la forma cualificada de adelantamiento, como formas de atenuación de la pena y de un acercamiento gradual a la sociedad.

Desde mi punto de vista, no cabe duda que una vez se inicia el cumplimiento de la pena privativa de libertad, la clasificación en tercer grado y por tanto la prisión abierta se convierte en un instrumento de ejecución con menor represión, generando un menor sacrificio de la libertad del penado, menor desocialización y mayor posibilidades de reinserción social para evitar la recaída en el delito.

Pero toda esta orientación constitucional de las penas necesitaba ser desarrollada en vía legal a nivel de ley orgánica dado que el art. 81.1 de la Constitución establece que los derechos fundamentales y libertades públicas deben ser regulados mediante leyes orgánicas.

La ley orgánica configurada en el art. 81 de la Constitución se caracteriza por dos notas: su contenido y su procedimiento. En cuanto a lo primero, las materias reservadas a la ley orgánica son identificadas por el propio art. 80 (desarrollo de derechos fundamentales y libertades públicas, Estatutos de Autonomía y régimen electoral general) o por otros preceptos de la Constitución a los que aquél remite, que pueden sintetizarse como normas reguladoras de los órganos constitucionales o de relevancia constitucional y del ejercicio de determinados derechos o de la configuración del Estado autonómico.

Por lo que al procedimiento se refiere, además de la exigencia por el art. 87.2 de aprobación por el Congreso de los Diputados por mayoría absoluta en una votación final sobre el conjunto del proyecto, otros preceptos constitucionales

introducen limitaciones procedimentales: no cabe en materia de ley orgánica la delegación legislativa en Comisión (75.3), la iniciativa legislativa popular (87.3) ni la aprobación por decreto-ley (art. 86, que enumera con otra terminología materias similares a las contenidas en el art. 81). La primera y la tercera limitaciones son simple consecuencia de la reserva de la aprobación final de las leyes orgánicas en favor del Pleno del Congreso de los Diputados, que ha de expresar su voluntad mediante una mayoría cualificada.

Por el contrario, la ley ordinaria debe ser aprobada sólo por mayoría simple del Congreso y reguladora de todas aquellas materias que no se hayan reservado expresamente para ser reguladas por ley orgánica.

En el ordenamiento jurídico español, la relación de las leyes orgánicas con las leyes ordinarias no es de carácter jerárquico, como sí ocurre en las relaciones entre ley y reglamento, sino que es una relación por razón de la materia. Es decir, que las materias reservadas a las leyes orgánicas no pueden ser reguladas mediante ley ordinaria, estableciéndose una relación entre ambas leyes de índole material, resultando que no pueden inmiscuirse la una en los ámbitos de actuación de la otra. Esta idea es el punto de partida para considerar qué tipo de ley habrá de ser la prevalente para un caso determinado y no una supuesta jerarquía entre ambos tipos de ley. Sobre su relación con el elemento democrático, y como ha señalado el Tribunal Constitucional de forma reiterada, a atribución de rango de Ley Orgánica a determinados preceptos de una ley no debe llevarse más allá de los casos especialmente determinados en el art. 81 de la Constitución, porque, según reiterada doctrina de este Tribunal, constituye una excepción al régimen general de las mayorías parlamentarias, base del sistema democrático, que sólo puede admitirse en los casos expresamente previstos por el citado precepto constitucional.

Una de las cuestiones polémicas en relación a estos dos tipos de leyes ha sido su posición dentro de la pirámide normativa. Se ha llegado a incurrir en el error de considerar a las leyes orgánicas superiores a las ordinarias, puesto que para la

aprobación de las primeras se exige mayoría absoluta. Sin embargo, tal afirmación es totalmente falaz, ya que ambos tipos de normas legales ostentan el mismo valor. Es decir, el peso legal de la ley ordinaria es exactamente idéntico al de la ley orgánica. Las relaciones entre los dos tipos de normas legales se accionan en base al principio de competencia, lo que implica que una ley ordinaria no pueda regular materias reservadas a una ley orgánica y viceversa. Así, cada tipología de ley tiene atribuidas la regulación de unas competencias determinadas, en concreto, la ley orgánica, aquellas expresamente señaladas en el art. 81 CE y las que hemos destacado; y, las leyes ordinarias, todas las demás. En este sentido el TC, en su Sentencia 5/1981, de 13 de febrero, vino a señalar que: “hay que afirmar que si es cierto que existen materias reservadas a leyes orgánicas (art. 81.1 CE), también lo es que las leyes orgánicas están reservadas a estas materias y que, por tanto, sería disconforme con la Constitución la ley orgánica que invadiera materias reservadas a la ley ordinaria”. A *sensu contrario* (en sentido contrario) debe interpretarse de la misma manera, es decir, ninguna materia reservada a ley orgánica puede ser regulada por ley ordinaria.

Como ya hemos indicado, una de las materias que deben ser reguladas por medio de ley orgánica en España son las de desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas, tal es el caso de la LOGP que afecta a ambos derechos y libertades.

Con anterioridad a la LOGP la normativa penitenciaria se caracterizaba por su dispersión y por tratarse de normas con rango inferior a la ley. Esta necesidad de una ley orgánica en nuestro ordenamiento penitenciario había sido puesta de manifiesto desde hacía largo tiempo por la doctrina²⁸⁰, sobre todo, después del franquismo al no constituir el Código Penal ni la Ley de Enjuiciamiento Criminal lugares adecuados para una regulación de la ejecución de las penas y medidas privativas de

²⁸⁰ BUENO ARÚS, F., *Estudio preliminar. La reforma penitenciaria española de García Valdés*, Instituto Criminología, Universidad Madrid, 1981, pág. 8

libertad, y al no garantizar el Reglamento Penitenciario, (recordemos que estaba todavía vigente el de Prisiones de 1956 con las reformas ya citadas), la seguridad jurídica que demanda la protección positiva de los derechos y deberes fundamentales de los internos. Por otro lado, con ello se evitaba la evidente *dispersión normativa* en la ejecución de la pena privativa de libertad.

2. La Ley Orgánica General Penitenciaria

El 7 de febrero de 1978 por iniciativa del Director General de Instituciones Penitenciarias, D. Jesús Haddad Blanco, comenzaron los trabajos de redacción de la futura LOGP, que culminaron bajo el mandato del siguiente Director General, **García Valdés**. La LOGP 1/1979, de 26 septiembre, fue aprobada por aclamación por el Congreso de los Diputados y por el Senado.

Para la redacción de esta ley se tuvo en consideración junto a las ideas de la ciencia penitenciaria de su tiempo (que aunque quizá nos llegaron con mucho retraso y ya estaban un poco desfasadas en otros países, pero era una etapa penitenciaria que debíamos de atravesar), las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos elaboradas por las Naciones Unidas en 1955 y el Consejo de Europa en 1973, los pactos internacionales sobre derechos humanos, las leyes penitenciarias de los países más avanzados: la de Suecia de 19 de abril de 1974, la Italia de 26 de junio de 1975 y la de Alemania de 16 de marzo de 1976²⁸¹. De estas leyes se tomaron cuestiones tan fundamentales como la prisión abierta, el tratamiento penitenciario o la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Esta ley penitenciaria, siguiendo el art. 25.2 de la Constitución, tiene una vocación claramente resocializadora²⁸²,

²⁸¹ CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 69; 2ª Ed. 2006, pág. 86; 3ª Ed., 2012, pág. 49

²⁸² CERVELLÓ DONDERIS, V., “La clasificación en tercer grado como instrumento de resocialización”, dentro de la obra *El Juez de vigilancia*

potenciando el régimen abierto como una modalidad de cumplimiento más humana y clara plataforma hacia una vida alejada del delito, así como un óptimo instrumento de resocialización. Por ello ya en su artículo primero establece, en concordancia con el art. 25.2 de la Constitución, que: "*Las Instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados*". Con lo cual se vuelve a recordar que la finalidad principal pena privativa de libertad es la prevención especial pero sin olvidar otras finalidades como la prevención general²⁸³. Por tanto, se da una mayor preponderancia al principio de resocialización sobre el de inocuización.

Una fórmula muy similar podemos encontrar en el art.26 de la Ley holandesa de ejecución de penas de 21 de diciembre de 1951²⁸⁴ y el art. 4 de la Ley penitenciaria sueca de 1974. Como consecuencia del carácter humanista de la LOGP, su art. 1 determina que las instituciones penitenciarias también tienen que realizar una labor asistencial y de ayuda para internos y liberados.

La aprobación de esta ley supuso un paso definitivo en la incorporación de la legislación española al movimiento internacional de reforma penitenciaria. Además esta ley es una de las progresistas de Europa²⁸⁵, en aquel momento, y actualmente lo sigue siendo. Por ejemplo, de hecho la Recomendación REC (2006) del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre las Reglas Penitenciarias Europeas (adoptadas por el Comité de Ministros el 11 de enero de 2006,

penitenciaria y el tratamiento penitenciario, CGPJ, Estudios de Derecho Judicial, pág. 166

²⁸³ BUENO ARÚS, F., "La reforma de la Ley y del Reglamento Penitenciario", *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, N° 7, San Sebastián, 1993 pág. 32

²⁸⁴ GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios...*, op. cit., pág. 233

²⁸⁵ JUANATEY DORADO, C., *Manual...*, op. cit., pág. 61

en la 952ª Reunión de Delegados de Ministros), establece que el cumplimiento de la pena debe estar *orientado hacia la reinserción social, más que la reeducación y resocialización*²⁸⁶, y la LOGP al igual que el art. 25.2 CE recogen la finalidad de la reinserción social del penado.

Como acertadamente subraya Roxin, los tres fines tradicionales de la pena son complementarios entre sí y contribuyen en definitiva a la realización de la justicia, y además, y en todo caso, la necesidad de tener en cuenta la personalidad del justiciable es una exigencia de la Constitución y de las leyes penales, que obligan al operado jurídico a encontrar una interpretación coherente con los valores constitucionales y con los principios generales del ordenamiento. En este sentido se concibe el tratamiento como una oferta de medios para solucionar insuficiencias o desvíos de socialización y par ayudar al hombre a “vivir fecundamente en libertad”²⁸⁷.

Esta ley regula de manera completa y sistemática cuanto se refiere al régimen, tratamiento y sistema penitenciario, superando el tradicional sistema progresivo y dedicando especial atención al tratamiento científico penitenciario. Uno de los principios generales recogidos en la misma es el de prevención especial positiva como finalidad fundamental de la pena de prisión tal y como establece el art. 25.2 CE. Consecuencia directa de este principio son la preferencia del tratamiento sobre el régimen penitenciario (art. 71 LOGP), así como los numerosos preceptos que se refieren a la colaboración de la Sociedad en la ejecución de las penas (arts. 69.2 y 75.2 LOGP)²⁸⁸.

La LOGP parte de la base de que las prisiones son *un mal necesario*, y defiende en su exposición de motivos que “el penado no es un ser eliminado de la sociedad, sino una persona

²⁸⁶ JUANATEY DORADO, C., *Manual...*, op. cit., pág. 59

²⁸⁷ BUENO ARÚS, F., *La reforma...*, op. cit., pág. 34

²⁸⁸ BUENO ARÚS, F., *La reforma...*, op. cit., pág. 31

que continúa formando parte de la misma, incluso como miembro activo, si bien sometido a un particular régimen jurídico, motivado por el comportamiento antisocial anterior de aquél y encaminado a preparar su vuelta a la vida libre en las mejores condiciones para ejercitar socialmente su libertad".

Continúa la exposición de motivos, a fin de conseguir la resocialización se deben utilizar "las ciencias de la conducta para así establecer el tratamiento reformativo más apto para la personalidad de cada penado".

La LOGP adopta la idea de la individualización del cumplimiento y convierte el tratamiento en eje central sobre el que gira todo el sistema. De acuerdo con esta ley la clasificación de los internos y el régimen penitenciario dependen de la evolución del tratamiento (arts. 63 y 65 LOGP)²⁸⁹. Como dice **Nistal Burón**, "*una de las principales características de esta ley, en consonancia con el mandato constitucional, han sido: la instauración de un sistema de individualización pleno que sustituye al progresivo, cuyo mecanismo de implantación es la clasificación penitenciaria en grados y la instauración del tratamiento como principal elemento operativo para hacer efectiva la recuperación social del delincuente*"²⁹⁰.

El tratamiento penitenciario se concibe como el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados (art. 59.1 LOGP), y para conseguirlo es conveniente la utilización de los métodos científicos adecuados (art. 60.2 LOGP) que respeten los *derechos no afectados por la condena*. Pero este tratamiento debe ser voluntario, no puede consistir en una modificación impuesta de la personalidad del hombre, sino en una puesta a disposición del mismo de los elementos necesarios para ayudarle a vivir sin delinquir (art. 59.2). Por tanto, debe ser

²⁸⁹ JUANATEY DORADO, C., *Manual...*, op. cit., págs. 62-63

²⁹⁰ NISTAL BURÓN, J., *El penitenciarismo español desde la Constitución de Cádiz de 1812 al siglo XXI*, 2012, pág. 27

programado, individualizado y voluntario, estimulándose la colaboración personal del interno (art. 61).

En la exposición de motivos se refiere al cambio de denominación del sistema penitenciario: " un sistema penitenciario progresivo, dotado de una flexibilidad²⁹¹ que lo aleje de los precedentes clásicos aproximándolo a lo que podría denominarse *un sistema de individualización científica*". (art. 72 LOGP). Esto supone la ruptura con el clásico sistema progresivo objetivo y rígido, adoptando la idea de la individualización del cumplimiento y convirtiendo el tratamiento en la columna vertebrada del sistema²⁹². Según su apartado tercero el penado podrá ser clasificado inicialmente en cualquier grado salvo el de libertad condicional. Una formulación con ciertas semejanzas se recoge en la Ley penitenciaria sueca cuando autoriza la colocación del recluso directamente en una institución abierta cuando no exista peligro de fuga u otras razones de seguridad o de tratamiento y cuando la condena impuesta no sea superior a dos años; pero el art. 72.3 LOGP admite una interpretación más extensiva que la de su correlativo sueco. Lógico complemento es el apartado cuarto que sienta que en ningún caso se mantendrá a un interno en grado inferior cuando por su evolución de tratamiento se haga acreedor de su progresión²⁹³.

Los rasgos más sobresalientes de esta Ley en relación con la clasificación penitenciaria son los siguientes:

-Consagración expresa del principio de legalidad con referencia a la ejecución de las penas y medidas penales (Título Preliminar).

-Establece el estatuto jurídico de los internos.

-Regula las funciones y cometidos de la Administración penitenciaria.

²⁹¹ BUENO ARÚS, F., *La reforma...*, *op. cit.*, págs. 32 y 33

²⁹² MIR PUIG, C., *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 32

²⁹³ GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios...*, *op. cit.*, pág. 230

-Potencia del régimen abierto, si bien hace insuficientes referencias a la prisión abierta²⁹⁴, y reduce el cerrado a supuestos extraordinarios (art. 10 LOGP). Esta ley con la potenciación del régimen abierto pretende que todos los internos que presenten una capacidad de inserción social positiva puedan, bien inicialmente, bien cuando su evolución así lo permita ser clasificados en tercer grado.

-Propugna el tratamiento individualizado encaminado a la consecución de los fines previstos de reeducación y reinserción, defendiendo la sumisión general del régimen penitenciario a las exigencias del tratamiento científico de los internos, si bien también se indica la necesidad de "coordinación jerárquica" entre ambas actividades (art. 71.2 LOGP).

-Implantación del Juez de Vigilancia, figura de nueva creación, como órgano decisivo amparador de los derechos de los internos, entre otras materias, en clasificación penitenciaria (Título IV).

-Se da una gran importancia a la asistencia social tanto penitenciaria como postpenitenciaria, que conduce a la creación de la Comisión de Asistencia Social y del Cuerpo de Asistentes Sociales al servicio de la Administración penitenciaria.

-Se atribuye un papel muy importante a la sociedad como factor importante para colaborar en la reeducación y reinserción social de los internos. Durante el franquismo las prisiones estuvieron cerradas a la sociedad, había poco contacto con el exterior salvo las comunicaciones con familiares y amigos, pero a partir de la LOGP las prisiones se van abrir a las asociaciones, voluntariado, ONGs...; constituyendo actualmente un pilar fundamental sin el cual ya no sería posible tanto el tratamiento *intra* como *extrapenitenciario* (acogimiento durante permisos de salida, tercer grado, libertad condicional, etc.).

Para algunos autores esta ley no puede ser calificada de *Código penitenciario español* por quedar fuera de diversas

²⁹⁴ BUENO ARÚS, F., *La reforma...*, op. cit., pág. 33

materias penitenciarias²⁹⁵. Esto es cierto pero también hay que resaltar que esta ley se elaboró de manera urgente dada la situación de las prisiones durante ese periodo en España, y abordó las materias más importantes desde un punto de vista progresista y humanista.

Nuestra LOGP trata de construir un sistema penitenciario flexible, progresivo y humano²⁹⁶; y todo ello le ha permitido permanecer vigente más de treinta años con tan sólo cuatro reformas. La primera fue mediante la Ley Orgánica 13/1995, de 18 de diciembre, referente a los hijos de las internas que sólo podrán convivir con ellas en prisión hasta que cumplan los tres años, con anterioridad era hasta los seis años, reforma que consideramos adecuada puesto que a esta edad ya se pueden producir graves disfunciones en el desarrollo emocional y psicológico de los niños²⁹⁷. La LO 5/2003, de 27 de mayo, creó los Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria modificando la competencia territorial vinculada a los establecimientos penitenciarios que hasta entonces tenían los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria. La LO 6/2003, de 30 de junio, reguló que la enseñanza universitaria de los internos se debía realizar

²⁹⁵ TAMARIT SUMALLA J. M^a, GARCÍA ALBERO, R., RODRÍGUEZ PUERTA, M^a J. y SAPENA GRAU, F., *op. cit.*, 1^a Ed., Barcelona, 1996, pág. 25 y 2^a Ed., Valencia. 2005, pág. 27

²⁹⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Coordinador), ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., PÉREZ CEPEDA, A., SANZ MULAS, N y FERNÁNDEZ GARCÍA, J., *Lecciones...*, *op. cit.*, pág. 60

²⁹⁷ En aquel momento eran doscientos veintiuno los niños que permanecían junto a sus madres en prisión, el diecisiete por ciento de los cuales tenía una edad superior a los tres años. Cabe destacar que en la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre las Reglas Penitenciarias Europeas adoptadas en enero de 2006 se establece que “*Los niños de poca edad pueden estar en prisión con un pariente recluso únicamente si ello resulta de interés para el menor*” debiendo establecerse una infraestructura especial con el fin de protegerse el bienestar de los mismos. Por ello la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias comenzó durante los años 2009 y 2010 la apertura de Centros para Madres, tales como los de Palma de Mallorca, Sevilla, Madrid y Alicante.

preferentemente en la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Hemos de resaltar que tan sólo se han llevado a cabo estas reformas indicadas pese haber habido en nuestro país durante estas tres décadas gobiernos de ideologías políticas de centro, de izquierdas y de derechas. Por tanto, podemos decir que junto con la Constitución ha sido una de las leyes más respetadas hasta la LO 7/2003 de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas que, como veremos, ha afectado considerablemente a la forma de ejecución de la pena privativa de libertad cambiando el sentido del sistema de individualización científica establecido en la LOGP (art. 72). En la misma línea se ha reformado el art. 36.2 CP con la LO 5/2010, de 22 de junio. Este cambio de orientación llevada a cabo en ambas reformas ha dado lugar al “*retorno*” a la inocuización debido al desencanto, fundado o no, en torno a las posibilidades de una intervención resocializadora del Estado sobre el delincuente. Y por otro lado, la elevadísima sensibilidad de riesgo y la obsesión por la seguridad que muestran amplios grupos sociales. De este modo parece estar más asentada la base ideológica de los planteamientos inocuizadores²⁹⁸.

Desde mi punto de vista, la regulación del tercer grado y del régimen abierto establecido en su art. 72 era muy flexible puesto que no establecía ni requisitos temporales ni de otro tipo para acceder a esta forma de vida, sólo exigía por un lado, “estar en condiciones para ello” y, por otro, que nunca “se mantendrá al interno en grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor de su progresión”. Por tanto el pase al régimen abierto dependía de la personalidad del penado y de la evolución en su programa de tratamiento.

Esta flexibilidad contenida en la LOGP se vio afectada en sus principios por la reformas operadas en la misma y en el Código Penal por la LO 7/2003 de medidas de reforma para el

²⁹⁸ SILVA SÁNCHEZ, J. M^a, *La expansión del Derecho penal*, Madrid, 201, págs. 161-162

cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, creando así algunas disfunciones en el sistema, como veremos más adelante.

En primer lugar, se establece el denominado período de seguridad en el art. 36.2 CP, para las penas graves, que son aquellas superiores a cinco años, y supone que cuando se cumple alguna de estas penas es necesario haber cumplido la mitad de la condena para poder acceder al tercer grado, siempre dejando a salvo que el Juez de Vigilancia, teniendo en cuenta la evolución penitenciaria, pudiera aplicarles el régimen general de plazos para el disfrute de beneficios. Este sistema de regulación del periodo de seguridad se ha visto modificado por la LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, como también veremos más adelante.

Con la LO 7/2003 se introdujo la exigencia de la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito para el acceso al tercer grado mediante la creación del apartado cinco de la LOGP, y el apartado sexto del mismo artículo al regular los requisitos para acceder al tercer grado de los condenados por delitos de terrorismo o delincuencia organizada que analizaremos en el siguiente capítulo.

Por último, y en relación con este apartado, sería conveniente regular en una futura reforma de la LOGP, entre otras materias, las siguientes²⁹⁹:

-El principio de flexibilidad establecido en el artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario de 1996, que constituye una excepción del principio de correlación de grado-régimen, y que actualmente no tiene cobertura legal, y que por ello es denominado por algún sector de la doctrina (cuando se aplica a los clasificados en segundo grado con derechos del tercero)

²⁹⁹ En el Anteproyecto de Ley Orgánica General Penitenciaria, presentado en Junio de 2005, se incluían entre las materias actualmente reguladas en el Reglamento Penitenciario de 1996, que no respetan el principio de jerarquía normativa, las previsiones de la sanción de aislamiento en celda del art. 43, que añade circunstancias de ejecución a las previstas en el art. 42 LOGP, y la regulación del régimen cerrado en el art. 93 en el mismo sentido, ya que incorpora aspectos de su cumplimiento no previstos en la LOGP

como “tercer grado encubierto”, pero dicha terminología no es plenamente correcta y dicho modelo flexible debe ser aprobado por el Juez de Vigilancia Penitenciaria³⁰⁰. Se ha cuestionado la legalidad de esta figura, pero según **Fernández Arévalo** y **Nistal Burón** la plena legalidad de esta figura se desprendería del principio de resocialización como finalidad principal de la actividad penitenciaria –art. 1.1 LOGP-, y del principio de instrumentalización del régimen al servicio del tratamiento contemplado en el art. 71.1 LOGP, así como de la propia noción de la clasificación como instrumento de individualización del tratamiento que se le atribuye en el inciso primero del art. 63.1 LOGP. Debe significarse como el principio que puede llevar a concluir la existencia de una cuarta modalidad de régimen que podríamos llamar mixta y variable que vendría a complementar a los tres regímenes comunes: ordinario, abierto y cerrado³⁰¹. A pesar de compartir la postura de estos autores, entiendo que este principio debe ser recogido a nivel legal en la propia LOGP, sobre este tema profundizaremos más adelante.

-Las nuevas formas de especiales de cumplimiento en régimen abierto que sirven claramente como alternativas a la forma de cumplimiento clásico y que no están reguladas en la ley penitenciaria: centros o unidades de madres externas, unidades dependientes, unidades extrapenitenciarias, etc.

-La aplicación de vigilancia electrónica en el régimen abierto dentro de la ejecución de las penas privativas de libertad, actualmente regulado en el art. 86.4 del Reglamento Penitenciario pero no en la ley penitenciaria. Un precedente similar ha ocurrido durante algún tiempo en el control de las penas de localización permanente puesto que en el Código Penal no se regulaba este tipo de controles pero sí que se establecían en el Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo, que regulaba la ejecución de las penas alternativas a la prisión. Esta situación ha cambiado con la reforma del indicado código efectuada por la

³⁰⁰ MIR PUIG, C., *Derecho...*, op. cit., pág. 74

³⁰¹ FERNÁNDEZ ÁREVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., *Manual...*, op. cit., pág. 358

LO 5/2010, de 22 de junio, en el art. 37 al establecer que el juez o tribunal sentenciador puede acordar que la pena de localización permanente se efectúe mediante controles electrónicos. Por tanto, esta misma cobertura legal en la LOGP se debe efectuar con el indicado art. 86.4 RP.

-Los criterios y variables para la clasificación en tercer grado.

El último borrador de reforma de la LOGP que el Gobierno de Rodríguez Zapatero solicitó a un grupo de expertos en Derecho Penitenciario, siendo Directora General de IIPP Mercedes Gallizo, pretendía potenciar el principio de legalidad sobre todo del Régimen disciplinario. Otro aspecto que se recogía en el mismo era la incorporación de la nueva filosofía del tratamiento penitenciario (ya recogida en el RP de 1996), optando por una concepción amplia del tratamiento que no sólo incluya las actividades terapéutico-asistenciales, sino también las formativas, educativas, laborales, socioculturales, recreativas y deportivas, en el que la reinserción social del interno sea un verdadero proceso de formación integral de su personalidad, dotándole de instrumentos eficaces para su emancipación. También se quería plasmar la realidad de los centros penitenciarios polivalentes, e incluso la posibilidad de que internos en segundo grado con perfil de baja peligrosidad y con una evolución favorable en prisión puedan ser destinados a Centros de régimen abierto³⁰² (esto como hemos visto ya es posible actualmente con la aplicación del art. 100.2 RP).

Como vengo manteniendo en otros lugares de este trabajo, considero necesaria y urgente la reforma de la LOGP para actualizar y *legalizar* instituciones no reguladas en la misma (unidades dependientes, cumplimiento mediante controles telemáticos, etc.), así como los requisitos de acceso a ellas. Igualmente, considero que determinadas instituciones como la libertad condicional y el periodo de seguridad, también

³⁰² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Coordinador), ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., PÉREZ CEPEDA, A., SANZ MULAS, N. y FERNÁNDEZ GARCÍA, J., *Lecciones...*, op. cit., pág. 62

deberían estar recogidas en la LOGP, porque esta ley, es la que realmente regula la ejecución penitenciaria de la pena privativa de libertad y, por tanto es el lugar “natural” adecuado para su ubicación.

3. Los Reglamentos penitenciarios

La LOGP establecía en su disposición final segunda que en el plazo de un año el Gobierno debía aprobar el reglamento que la desarrollase, por tanto, el 8 de mayo de 1981 se aprobó el Reglamento Penitenciario, que después sería reformado en 1984 y que estará en vigor hasta 1996, año en que se aprobó el vigente Reglamento Penitenciario.

a) El Reglamento de 1981

Este reglamento sí que desarrollaba todas las materias penitenciarias, constaba de 417 artículos estaba dividido en nueve títulos, una disposición derogatoria y una transitoria que deja vigente la parte del Reglamento del Servicio de Prisiones de 1956 referida a las redenciones de penas por el trabajo al considerar que éstas van a ser derogadas con el futuro Código Penal, cosa que ocurrió en 1995.

Como aspectos importantes del mismo en materia de clasificación penitenciaria podemos destacar los siguientes:

-Una regulación minuciosa del régimen penitenciario de cada tipo de establecimiento.

-Potenciación de los centros para jóvenes, donde debe primar la *acción educativa intensa* (art. 48 a 55).

-Mejora regulación de la libertad condicional, ampliando la concesión aunque no se hayan cumplidos las tres cuartas partes de la condena a enfermos muy graves con padecimientos incurables y mayores de setenta años (art. 59 y 60 RP).

-Potenciación del tratamiento penitenciario, de lo que hay que destacar el derecho del penado a rechazarlo sin que tenga consecuencias disciplinarias. Recordemos que durante el

franquismo el tratamiento era obligatorio y el rechazo del mismo podía suponer la clasificación en régimen cerrado.

-Se establecen las funciones de los Equipos de Observación y Tratamiento, como principales impulsores de los programas de intervención, pero se deja la decisión de las propuestas de grado y permisos en la Junta de Régimen y Administración

-Se introduce el beneficio del adelantamiento de la libertad condicional hasta cuatro meses por año de cumplimiento efectivo.

-La ampliación de los permisos de salida en el régimen abierto.

El Reglamento de 1981 ha sido tachado de en diversas ocasiones de ser poco respetuoso con los derechos y libertades de los internos y de haber sido aprovechado por sus autores para anular o al menos recortar las posibilidades que la LOGP ofrecía sobre los derechos y libertades de los internos, particularmente al regular el régimen cerrado y el abierto. Los redactores introdujeron tres fases dentro del régimen abierto (de iniciación, de aceptación y de confianza) a través de las cuales se había de aumentar gradualmente el ámbito de libertad del interesado, según **Bueno Arús** su intención no fue restringir los derechos de los afectados, sino, antes al contrario, no impedir la clasificación en tercer grado de quienes tuvieran dificultades para desenvolverse en el exterior³⁰³.

Este reglamento en sus arts. 251-253 regula aspectos relativos a la clasificación penitenciaria en tercer grado, atacando con la determinación de plazos el modelo diseñado por la LOGP que era, como se ha dicho anteriormente, totalmente flexible, presidido por la idea de que no se podía mantener a un interno en grado inferior al que merecía, haciendo posible el

³⁰³ BUENO ARÚS, F., *La reforma...*, op. cit., pág. 35

paso casi inmediatamente al tercer grado³⁰⁴. Por ejemplo, el art. 251 exigía tener al menos cumplida una cuarta parte de la condena para estar en tercer grado³⁰⁵ y otros plazos, como por ejemplo dos meses de estancia real en centro que haga la propuesta de tercer grado, que igualmente dificultaban el acceso al régimen abierto.

b) La reforma reglamentaria de 1984

Pese al corto espacio de tiempo que estaba vigente el Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, se puso de manifiesto la necesidad de elaborar un nuevo Reglamento que desarrollara mejor los aspectos más innovadores de la LOGP³⁰⁶.

Según la exposición de motivos del Real Decreto de 1436/1984, de 20 de junio: "se hace preciso llevar a cabo la reforma de algunos artículos del hoy vigente que vienen empañando el carácter progresivo de la Ley Orgánica General Penitenciaria". Entre otros artículos estaban los relativos al régimen cerrado, a las distintas fases del régimen abierto, al tratamiento de los penados clasificados en tercer grado con problemas de drogadicción etc³⁰⁷.

Podemos hacer referencia respecto a la clasificación penitenciaria como aspectos más destacados de esta reforma parcial y urgente, los siguientes:

³⁰⁴ TAMARIT SUMALLA, J. M^a., GARCÍA ALBERO, R., PUERTA RODRÍGUEZ, M^a. J. y SAPENA GRAU, F., *op. cit.*, 1^a Ed., Barcelona, 1996, pág. 213; 2^a Ed. Valencia 2006, pág. 218

³⁰⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Coordinador), ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., PÉREZ CEPEDA, A., SANZ MULAS, N. y FERNÁNDEZ GARCÍA, J., *Lecciones...*, *op. cit.*, págs. 49-50

³⁰⁶ CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho...*, *op. cit.*, 1^a Ed., pág. 70; 2^a Ed., 2006, pág. 87; 3^a Ed., 2012, pág. 50

³⁰⁷ BUENO ARÚS, F., *La reforma...*, *op. cit.*, págs. 29-40.

-Se hacen desaparecer las dos clases de régimen cerrado, común y especial, reduciéndolos a uno solo, el común, al no realizar tal distinción la propia LOGP. Curiosamente en el Reglamento Penitenciario de 1996 se volverá a establecer dos regímenes de vida dentro del primer grado.

-Se recoge en el art. 43 los requisitos para acceder al tercer grado y se establece un régimen abierto restringido para evitar lo máximo posible el inconveniente de que el interno no vuelva al Centro penitenciario³⁰⁸ los penados que, en principio, muestran un riesgo mayor de quebrantamiento porque no tienen posibilidad de trabajo en el exterior, con trayectoria delictiva consolidada, con personalidad anómala o por razones de tratamiento, estableciendo que en estos casos el tipo de vida será individualizado pero lo más similar al regulado en el art.45 (régimen abierto pleno). Este último artículo recoge la posibilidad de establecer diferentes fases o modalidades de vida según las características de los internos y los diferentes niveles de control durante sus salidas al exterior, prescribiendo la vigilancia rígida que contradiga el principio de confianza depositado en los mismos. Aunque prácticamente desde la entrada en vigor esta reforma los Equipos Técnicos de los centros penitenciarios nunca valoraron que la carencia de un trabajo fuese el único motivo para justificar este régimen de vida restringido, la Inst. 9/2007, de 21 de mayo, vendrá a ratificar que la inexistencia de oferta laboral en el exterior no supondrá “*per se*” la asignación de un régimen restringido si el penado está incluido en otras actividades educativas, terapéuticas, etc. Evidentemente esta reforma que trataba de establecer un mayor control sobre determinado perfil de penados no es la panacea para evitar las evasiones puesto que cuanto un interno llega a un centro abierto disminuye la vigilancia sobre el mismo y las medidas de seguridad del centro no pueden garantizar que no se pueda producir el quebrantamiento de condena.

-Se incrementa la intervención del Juez de Vigilancia en desarrollo obligado del contenido en los arts. 76 y 77 de la

³⁰⁸ MIR PUIG, C., *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 54

LOGP, para que quede debidamente garantizado el control jurisdiccional de la Administración en el cumplimiento de la normativa penitenciaria.

-Se potencia, racionalizan y agilizan las funciones de los equipos técnicos, con las necesarias delimitaciones de competencias y se incorporan plenamente los educadores a los mismos.

-Se posibilita la asistencia en instituciones extrapenitenciarias adecuadas, públicas o privadas, de los internos clasificados en tercer grado, afectos de toxicomanías. Esto sí que supuso un gran avance para la ejecución de pena privativa de libertad porque permite que ésta se pueda cumplir fuera de prisión (extramuros) en establecimientos no penitenciarios, con toda la trascendencia que tiene desde el punto de vista terapéutico y humano. Aquí hemos de volver a recordar la importancia de las asociaciones y ONGs en el tratamiento de los internos, sobre todo, cuando salen a cumplir condena fuera de los centros penitenciarios, como es en estos casos.

c) El Reglamento de 1996

Según la exposición de motivos: "La necesidad de abordar una reforma completa del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, ya se ponía de manifiesto en el preámbulo del Real Decreto 787/1984, de 26 de marzo, por el que se efectuó la modificación parcial de mayor envergadura del mismo. Desde aquel momento hasta el presente las razones que llevaron a pensar la necesidad de desarrollar un nuevo Reglamento Penitenciario capaz de extraer las potencialidades más innovadoras de la LOGP no sólo no han desaparecido sino que se han incrementado".

Esta reforma también era necesaria por la reforma producida en la legislación penal mediante la promulgación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y la modificación introducida en el artículo 38 de la LOGP por la Ley Orgánica 13/1995, de 18 de diciembre que

exige la regulación de las unidades de madres y de las visitas de convivencia familiar. Tenemos que recordar que cuando se aprobó la LOGP de 1979 ya se comenzaba la tramitación de un anteproyecto del nuevo Código Penal³⁰⁹, y por lo tanto se pensó en materias que iban a reguladas en el mismo (entre otras la supresión de las redenciones de penas por el trabajo) y por ello debía haber coordinación entre ambas leyes. Está claro que cuando se produce la aprobación del Código Penal de 1995 había materias que debían ser reguladas en sede reglamentaria. Por todo ello era necesario un nuevo reglamento adaptado a las directrices de este nuevo código.

Continúa la exposición de motivos: "Es en el aspecto de la ejecución del tratamiento - conforme al principio de individualización científica que impregna la LOGP- donde se encuentra el potencial más innovador para que la Administración Penitenciaria pueda mejorar el cumplimiento de la misión de preparación de los reclusos para la vida en libertad que tiene encomendada, cuya consecución exige ampliar la oferta de actividades y de programas específicos para los reclusos, potenciando las prestaciones dirigidas a paliar, en lo posible, las carencias y problemas que presentan los internos y, en definitiva, evitando que la estancia de los internos en los centros penitenciarios constituya un tiempo ocioso y perdido".

Este reglamento en su art. 2 al fijar los fines de la actividad penitenciaria establece, como el primordial de todos, la reeducación y reinserción social, si bien también hace referencia a los fines de retención y custodia, así como de asistencia social, tanto a los internos como a sus familiares.

También se destaca los cambios habidos en la sociedad y por tanto la necesidad hacer llegar éstos a los establecimientos penitenciarios para que los internos no queden alejados de la realidad social. Para el uso de las nuevas tecnologías era necesaria la regulación normativa de las mismas, como el uso de ficheros informáticos (art. 6), el acceso a ordenadores personales

³⁰⁹ GARCÍA VALDÉS, C., *Estudios de derecho penitenciario*, Madrid., 1982, pág. 40

(art. 129), así como a la utilización de estas tecnologías en el tratamiento de los internos mediante dispositivos telemáticos (art. 86.4).

La aparición también de nuevas patologías con especial incidencia entre la población reclusa, como la drogadicción y el SIDA, da lugar a que se incrementen los programas para drogodependientes (art. 116) y de atención sanitaria (Título IX, capítulo I); así mismo se potencia las excarcelaciones por enfermedad grave e incurable (art. 104.4 y 196).

Por otro lado, se trata de introducir en sede reglamentaria el gran caudal de jurisprudencia penitenciaria de los últimos años, sobre todo la doctrina del Tribunal Constitucional³¹⁰ muy importante en lo que se refiere a los derechos fundamentales de los internos: intimidad, defensa, dignidad, etc.

Vamos a destacar aquellos aspectos que consideramos más novedosos³¹¹ e importantes de este Reglamento en cuanto a la clasificación penitenciaria:

1.- El tratamiento es considerado fundamental en la ejecución de la pena y el Reglamento trata de incorporar a los avances que han ido produciéndose en el campo de la intervención y tratamiento de los internos, consolidando una concepción del tratamiento más acorde a los actuales planteamientos de la dogmática jurídica y de las ciencias de la conducta, haciendo hincapié en el componente resocializador más que en el concepto clínico del mismo. Recordemos que en el tratamiento *clínico o de sala de espera* el interno se convierte en un ser pasivo que se limita a entrevistarse con el terapeuta para exponerle sus problemas y éste trata de solucionárselos. Por ello, el Reglamento opta por una concepción amplia del tratamiento que no sólo incluye las actividades terapéutico-asistenciales, sino también las actividades formativas,

³¹⁰ CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho...*, op. cit., 1ª Ed., 2001, pág. 74; 2ª Ed., 2006, pág. 88; 3ª Ed., 2012, pág. 51

³¹¹ CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho...*, op. cit., 1ª Ed., 2001, pág. 74; 2ª Ed., 2006, pág. 88; 3ª Ed., 2012, pág. 50

educativas, laborales, socioculturales, recreativas y deportivas, concibiendo la reinserción del interno como un proceso de formación integral de su personalidad, poniendo a disposición del interno de instrumentos eficientes para su tratamiento: programas de intervención, de educación, trabajo, actividades culturales, deportivas, etc. En este campo también se incorporan al Reglamento las experiencias tratamentales generadas por la práctica penitenciaria (departamentos mixtos, unidades dependientes y salidas programadas, precedentes de estas instituciones encontramos en Valencia durante los años ochenta y principios de los noventa impulsadas por la que posteriormente llegó a ser Directora General de IIPP Mercedes Jabardo), así como otras surgidas en el derecho comparado (el uso de los dispositivos telemáticos en Cánada, Estados Unidos, etc.). Por todo ello podemos decir que se mejora la regulación del régimen abierto y del tratamiento extrapenitenciario³¹².

Una de las principales novedades del Reglamento Penitenciario es la que trata de potenciar el principio de individualización científica en la ejecución del tratamiento penitenciario. Para ello se implanta la aplicación de *modelos individualizados de intervención* para los presos preventivos en cuanto sea compatible con el principio constitucional de presunción de inocencia (art. 20). Con esta medida se evita que la estancia en prisión de una parte importante de la población reclusa sólo tenga fines custodiales; además no tiene sentido mantener a un interno independientemente de su situación penal sin hacer nada con él hasta que haya sentencia firme. Si necesita realizar un programa de intervención, por ejemplo si es toxicómano, y voluntariamente lo acepta es conveniente que lo realice con ello se puede incluso adelantar su posible rehabilitación y, por tanto, su excarcelación al pasar a penado, bien porque el juez o tribunal le suspenda la ejecución (art. 87 CP) o se la sustituya (art. 88 CP), bien porque sea clasificado en tercer grado (art. 182 RP).

³¹² CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho...*, op. cit., 1ª Ed., 2001, pág. 28; 2ª Ed., 2006, pág. 88; 3ª Ed., 2012, pág. 51

Profundizando en la individualización científica del tratamiento establece el principio de flexibilidad (art. 100.2) también se regulan las salidas programadas (artículo 114) y de los programas de actuación especializada (artículos 116 y 117) y nuevas formas especiales de ejecución (Título VII). Con ello se trata de proporcionar los medios necesarios para adaptar el tratamiento a las necesidades individuales de cada interno, cuyo programa podrá combinar, incluso, elementos de los diferentes grados de clasificación, en las condiciones establecidas en el artículo 100.2, que introduce el *principio de flexibilidad*. Con ello nos acercamos más a las tendencias europeas que utilizan los *planes individualizados* según la personalidad y evolución del recluso sin afectar al régimen o establecimiento de cumplimiento³¹³. Esta es la diferencia característica del sistema español (dividido en grados) del sistema de planificación e individualización subjetiva³¹⁴.

Dentro de las formas especiales de ejecución se crean los Centros de Inserción Social (art.163-164), se regulan las unidades dependientes (art.165) y las unidades extrapenitenciarias (art. 182) como instrumentos para el tratamiento de colectivos específicos de penados que permiten utilizar los recursos extrapenitenciarios existentes en la sociedad a la que se encomienda su gestión por vía de las entidades colaboradoras (art. 62)³¹⁵.

También se regulan las unidades de madres (art. 178-181) y los departamentos mixtos que se crean con carácter excepcional con dos finalidades claramente diferenciadas (art. 168-172):

³¹³ CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho...*, *op. cit.*, 1ª Ed. 2001, pág. 70; 2ª Ed., 2006, pág. 87; 3ª Ed., 2012, pág. 51

³¹⁴ TAMARIT SUMALLA, J. Mª, GARCÍA ALBERO, R., RORÍGUEZ PUERTA; Mª J. y SAPENA GRAU, F., *op. cit.*, 1ª Ed., Barcelona, 1996, pág. 37

³¹⁵ RODRÍGUEZ ALONSO, A., *Lecciones...*, *op. cit.*, págs. 23 y 25. 2ª Ed. 2004, págs. 37 y 39.

Para garantizar el principio constitucional de protección a la familia en el ámbito penitenciario, tratando de paliar, en lo posible, la desestructuración de los grupos familiares que tengan varios miembros en prisión y para proporcionar la asistencia especializada necesaria a los niños menores de tres años que convivan en prisión con sus madres, en consonancia con la modificación, ya citada, del artículo 38 de la Ley LOGP.

Para ejecutar programas específicos de tratamiento. Aquí la razón de la convivencia no es familiar sino terapéutica y tratamental.

Con el nuevo Reglamento se trataba de dinamizar las prisiones mediante la ampliación y la diversificación de la oferta de actividades tratamentales, laborales, culturales, ocupacionales, deportivas...para motivar la participación de los internos en los programas de tratamiento convirtiendo los centros penitenciarios en un auténticos servicios públicos dirigidos a la resocialización de los reclusos, sin olvidar, claro está las funciones de retención y custodia.

2.- Se potencia la entrada en prisión de la sociedad y el contacto familiar para fortalecer los vínculos entre los internos y sus familias y la comunidad, en línea con las conclusiones de las Naciones Unidas en su reunión de Tokio de diciembre de 1990. El Reglamento, no sólo contiene un variado elenco de contactos con el exterior (permisos de salida, comunicaciones especiales, potenciación del régimen abierto, tratamiento extrapenitenciario), sino que favorece decididamente la colaboración de entidades públicas y privadas dedicadas a la asistencia de los reclusos (art. 62).

Con este mismo objetivo de optimizar la utilización de los recursos extrapenitenciarios, se reordenan la acción social y los servicios sociales penitenciarios, que se coordinan con las redes públicas de asistencia social de las Administraciones públicas.

3.- En materia de régimen penitenciario, el Reglamento efectúa una redefinición del régimen cerrado (Capítulo IV del Título III) estableciendo dos modalidades de vida:

-Departamentos especiales de control directo para los internos extremadamente peligrosos.

-Módulos o centros de régimen cerrado para los reclusos manifiestamente inadaptados a los regímenes comunes,

-El destino a los mismos se efectúa mediante resolución motivada fundada en causas objetivas (art. 102.5).

Así pues, en los últimos años hemos pasado por tres regulaciones distintas respecto al régimen cerrado; el Reglamento de 1981 establecía dos tipos de tipo de vida dentro del primer grado, la reforma de 1984 los redujo a un único tipo, pero el Reglamento de 1996 vuelve a permitir dos regímenes de primer grado. Esta última opción nos parece la más acertada porque permite la *subclasificación* en dicho grado de dos perfiles de internos muy diferentes, por un lado, los de inadaptación manifiesta al régimen ordinario (art. 91.2 RP) que necesitan sólo cierta vigilancia para no influir negativamente en la vida del régimen ordinario, y, por otro lado, los internos muy peligrosos que deben estar sometidos a un régimen más estricto con mayor control (art. 91.3 RP). Este doble régimen de vida se crea vía Circular de la DGIIPP pasando de forma mejor regulada al nuevo Reglamento de 1996. Pero entendemos que este doble tipo de vida de primer grado debería estar recogido en el art. 10 de la LOGP, pues sólo una interpretación muy amplia del mismo permite diferenciar dos tipos regímenes de vida dentro del primer grado. Por tanto, debería reformarse este artículo porque si no el Reglamento penitenciario actual, entendemos, vulnera la LOGP. Para paliar esta situación en la reforma efectuada por la LO 13/1995, de 18 de diciembre se trató de reformar el citado art. 10 de la LOGP pero no se aprobó por el Parlamento la modificación propuesta de la DGIIPP.

En cualquier caso, en ambas modalidades de vida se deben potenciar la realización actividades programadas para atender las necesidades de tratamiento e incentivar su adaptación al régimen ordinario y sus limitaciones regimentales deben ser lo menos severas posible pero garantizando los fines de retención y custodia.

4.- Por lo que se refiere al estatuto jurídico de los reclusos, el Reglamento Penitenciario, regula con amplitud sus derechos y deberes. Así se regula el acceso a las prestaciones penitenciarias (sanitarias, alimentación, formación...) y sociales que se detallan de forma adecuada.

5.- Respecto a los internos extranjeros, que no pueden ser discriminados por razón de su nacionalidad (art. 4) trata de incorporar la mayoría de las recomendaciones del Consejo de Europa. Si bien ha habido posteriores instrucciones de la Dirección General de IIPP que discriminan a los extranjeros, por ejemplo dentro de la Instrucción 22/96 que regula los permisos de salida hay un valor en la *Tabla de Valoración de Riesgo* denominado *extranjería* que da lugar a que salga una alta probabilidad de evasión por el mero hecho de ser extranjero (aunque también hay que reconocer que según datos de la DGIIPP hay un elevado número de internos extranjeros que no regresan de permisos). Esta discriminación también se hace patente con la LO 11/2003, de 29 de septiembre de medidas concretas en materias de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros que da un gran impulso a la sustitución de la pena por la expulsión (art. 89 CP) con lo que se limitan derechos de éstos para disfrutar permisos de salida, régimen abierto y, sobre todo, libertad condicional. La LO 5/2010, de 22 de junio, en su art. 89 mantiene la sustitución de la pena por la expulsión del extranjero no residente legalmente en España cuando acceda al tercer grado o cuando cumpla las $\frac{3}{4}$ partes de la condena, como veremos más adelante.

6.- En cuanto al control jurisdiccional de la actividad penitenciaria, destaca la intervención del Ministerio Fiscal en numerosas materias, como por ejemplo la notificación por parte de la Administración penitenciaria de las clasificaciones en tercer grado (art. 107). Igualmente hay que resaltar una mayor comunicación a los Juzgados de Vigilancia de actuaciones y resoluciones que afectan a los derechos de los internos.

7.- El Título XI establece el nuevo modelo organizativo de los centros penitenciarios, que sólo resulta aplicable a las Comunidades Autónomas con competencias ejecutivas en

materia penitenciaria como derecho supletorio. Su finalidad es racionalizar y desconcentrar las funciones que se realizan en los establecimientos penitenciarios (tratamiento, régimen, potestad disciplinaria y gestión económica) creando los siguientes órganos colegiados especializados: Consejo de Dirección (art. 270-271 RP), Comisión Disciplinaria (art. 276-277), Junta Económica-Administrativa (art. 278-279 RP) y Junta de Tratamiento (art. 272-273 RP). Sólo nos vamos a referir a este último órgano colegiado por tener intervención directa en la clasificación penitenciaria puesto que es el que realiza las propuestas de grado e incluso sus acuerdos llegan a ser ejecutivos cuando la pena de prisión es hasta un año o en otros casos según la Orden Ministerial 1127/2010, de 19 de abril, publicada en el BOE de 3 de mayo de 2010, de la delegación de competencias a los Directores de los Centros Penitenciarios y de Inserción Social.

La nueva regulación de la Junta de Tratamiento fue un gran avance para este órgano, sobre todo, la asignación de competencias que se le hizo puesto que con anterioridad las propuestas de grado y permisos de los internos eran aprobados por la Junta de Régimen y Administración, derogada por este Reglamento. Recordemos que este órgano estaba formado por los directivos del centro y otros funcionarios no necesariamente especializados en las ciencias de la conducta, con lo cual ahora se residencia la competencia en esta materia en los profesionales que por su formación y capacitación son los competentes en estas actuaciones.

8.- Desaparecen la clásica división entre centros de preventivos, penados, hombres, mujeres, jóvenes,...y se crean los establecimientos polivalentes, que se convierten en centros que debido a su arquitectura modular permite la separación penitenciaria como establece los artículos 7 a 11 LOGP, y realizar la asignación modular en base también a la clasificación penitenciaria. Estos *macrocentros* se construyen por razones económicas pero no son los más adecuados desde el punto de vista del tratamiento penitenciario porque en lugar de individualizar, *despersonaliza* más al interno que se convierte en

un *número* dentro de una gran masificación pues suelen albergar casi dos mil reclusos.

1º La reforma del Reglamento penitenciario

Con fecha 3 de agosto de 2010 se remitió al Consejo General del Poder Judicial el proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, remitido por el Ministerio de Justicia.

El texto remitido se integra de un Preámbulo, y un artículo Único por el que se procede a la modificación del Real Decreto 190/1996, que aprueba el Reglamento Penitenciario, dicho artículo único se divide en ocho apartados en los que se modifican diversos preceptos del citado Reglamento; una Disposición derogatoria única y una Disposición final.

La elaboración del presente Proyecto se justifica, ante todo, en la necesidad de dar cumplimiento a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2009, que declaró la nulidad de pleno derecho del apartado primero de la Instrucción 21/1996, de 16 de diciembre, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, que contenía normas de carácter general sobre seguridad, control y prevención de incidentes relativos a internos muy conflictivos y/o inadaptados. La mencionada Sentencia, tras recordar que todo lo relativo a la clasificación y tratamiento de los internos está reservado a la ley penitenciaria y a su reglamento de desarrollo, considera que las instrucciones o circulares no son medio idóneo para regular derechos y deberes de los internos en centros penitenciarios, dado que carecen de la naturaleza y de las garantías que son propias de las normas jurídicas y disposiciones de carácter general, por lo que la regulación contenida en la Instrucción 21/1996, en la medida en que afecta a los derechos de los internos, excede del cometido y la finalidad de los denominados “reglamentos administrativos o de organización” para adentrarse en el ámbito reservado a la ley y sus reglamentos de desarrollo, por lo que se declara la nulidad del apartado primero de la

Instrucción. Hemos de indicar que la citada instrucción fue reformada por la Inst. 6/2006 que también regula el Fichero de internos en especial seguimiento (FIES).

El primer objetivo de la reforma que se examina es el de contemplar procedimientos de seguridad ajustados a la potencial peligrosidad de los internos, que vengan amparados por una disposición administrativa de carácter general, como es el Reglamento Penitenciario.

El apartado Uno viene a modificar el art. 6 del RP para contemplar que la Administración Penitenciaria podrá crear ficheros de internos, con la finalidad de garantizar la seguridad y el orden de los establecimientos y la integridad de los internos. La inclusión en el fichero no podrá determinar por sí misma un régimen de vida distinto de aquél que reglamentariamente corresponda. Mediante este precepto se pretende dotar de cobertura reglamentaria a las previsiones contenidas en la Instrucción, relativas a los denominados Ficheros de Internos de Especial Seguimiento (FIES) previstos en la misma para internos especialmente peligrosos y/o inadaptados.

El apartado Dos modifica el art. 65 del RP, en el que se contemplan las actuaciones encaminadas a garantizar la seguridad interior de los establecimientos (observación, recuentos, registros, cacheos, requisas, etc.), mediante la adición al mismo de un apartado 2, en el que se contempla que la intensidad de estas medidas se ajustará a la potencia peligrosidad de los internos a que se apliquen, particularmente en los supuestos de internos pertenecientes a grupos terroristas, de delincuencia organizada o de peligrosidad extrema, y un apartado 3, en el que se dispone que al fin señalado en el apartado anterior, la Administración penitenciaria podrá constituir grupos especializados de funcionarios.

El apartado Tres introduce una modificación en la regulación del régimen cerrado, mediante la adición de un inciso al art. 80 del RP, limitada a establecer que los principios generales que han de inspirar la aplicación de este régimen de vida con la excepcionalidad, transitoriedad y subsidiariedad.

El apartado Cuatro, modifica el art. 90, relativo al régimen de los Establecimientos en régimen cerrado, mediante la adición de un nuevo apartado en el que se dispone que en los centros con módulos o departamentos de régimen cerrado se diseñará un programa de intervención específico que garantice la atención personalizada a los internos que se encuentren en dicho régimen, por equipos técnicos especializados y estables.

El apartado Cinco viene a modificar el art. 92, estableciendo garantías específicas para los jóvenes, en la asignación de modalidades de vida, ya sea en Centros o módulos de régimen cerrado o en departamentos especiales, disponiendo que cuando el interno sea menor de 21 años, toda revisión tanto de modalidad como de grado, que supere los seis meses de permanencia en el mismo régimen de vida, será remitida a los servicios centrales. Asimismo si los acuerdos en esta materia no son adoptados por unanimidad, se remitirán a los servicios centrales para su resolución.

Esta reforma introduce además modificaciones puntuales en el régimen interno de funcionamiento de los centros, que se concretan en los apartados Seis, Siete y Ocho. El apartado Seis modifica la periodicidad de las sesiones de la Junta de Tratamiento; y los apartados Siete y Ocho modifican la composición del Consejo de Dirección del Establecimiento y de la Junta de Tratamiento, incorporando a los mismos un representante de los Centros de Inserción Social.

Por lo que se refiere a los a la organización interna de los Centros penitenciarios, se introducen modificaciones puntuales en diversos preceptos del Reglamento Penitenciario, todos ellos incluidos en su Título XI “De la organización de los Centros Penitenciarios”. Las previsiones contenidas en los mismos se refieren o afectan pues a aspectos relativos al funcionamiento interno de los centros, sin trascendencia “ad extra” en los derechos o deberes de los internos, por lo que las mismas se sitúan en el ámbito propio de la potestad administrativa de autodisposición en materia organizativa que es propia del ámbito reglamentario, sin que el contenido de dichas modificaciones suscite observaciones o reparos.

El apartado Seis modifica el art. 268.2 del RP, en el que se contemplaba que la Junta de Tratamiento se reuniría en sesión ordinaria, una vez todas las semanas. De acuerdo con la modificación introducida, dicha reunión tendrá lugar “*una vez al mes, salvo que, en función de las características del establecimiento y del orden de los asuntos a tratar, lo haga con mayor periodicidad, previa aprobación del Consejo de Dirección del Centro y comunicación al Centro Directivo*”. El objetivo es pues, simplemente, flexibilizar el funcionamiento de este órgano colegiado, adaptándolo a las necesidades específicas de cada centro penitenciario, lo que, en el Preámbulo de la disposición se justifica en la finalidad de “racionalizar su trabajo y ampliar el tiempo de dedicación a programas específicos y actividades destinadas a los internos”, constituyendo pues razón fundada suficiente para dicha modificación.

Los apartados Siete y Ocho se limitan a modificar los arts. 270 y 272 del RP, para incluir en la composición del Consejo de Dirección del establecimiento al “*Subdirector del Centro de Inserción Social*” y en la Junta de Tratamiento, al “*Subdirector del Centro de Inserción Social, en los centros de inserción social dependientes*”, y a un “*Coordinador del Centro de Inserción Social que ha ya intervenido en las propuestas*”. La inclusión de ambos profesionales en los órganos colegiados indicados nos parece muy acertadas. En el caso del Coordinador, es este profesional el que realiza el seguimiento de los internos en régimen abierto para comprobar las actividades laborales, formativas o sociales que desarrolla, información fundamental para estudiar el tipo vida aplicable o si es merecedor de la libertad condicional el penado estudiado.

Los Centros de Inserción Social se regulan en el Título VII del RP, y son un tipo de establecimiento de régimen abierto, caracterizado por la ausencia de controles rígidos y por su objetivo de fomentar la confianza del propio interno; en cuanto a su estructura, el art. 265.6 del RP dispone que “Los Centros de Inserción Social podrán integrarse orgánica y funcionalmente en un Centro penitenciario o tener la consideración de Centro penitenciario autónomo”. A la vista de lo anterior, resulta razonable incluir a un representante de dichos Centros en los

órganos de dirección y funcionamiento del establecimiento penitenciario, en los supuestos en que exista la mencionada dependencia orgánica y funcional, como expresamente se señala en el apartado Ocho; y, en este sentido, sería también razonable incluir en el apartado Siete esa mención al carácter “dependiente” del Centro de Inserción Social, para la integración de un representante del mismo en el Consejo de Dirección, pues dicha integración no tendría sentido en el supuesto de aquéllos CIS que tengan el carácter de centro penitenciario autónomo.

Como podemos comprobar esta reforma del Reglamento Penitenciario no afecta directamente ni a la clasificación en tercer grado ni a la vida en régimen abierto, pero sí puede afectar a los derechos de los internos que estando clasificados en este grado o que teniendo aplicado el régimen abierto estén incluidos en alguno de los ficheros indicados.

Además de los temas tratados en esta reforma propuesta sería conveniente en lo que a clasificación en tercer grado y al régimen abierto que se regulase más adecuadamente:

-La aplicación del principio de flexibilidad del art. 100.2 RP, que actualmente no tiene cobertura legal

-El periodo de seguridad, que en el RP no se menciona para nada al haberse introducido con la LO 7/2003 de Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas y modificado por la LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, y que pasa estar regulado por la Inst. 7/2010, de 14 de diciembre.

-La actualización y mejora de la regulación de las formas de cumplimiento especiales en régimen abierto (unidades externas, extrapenitenciarias, de madres externas, etc.), así como de la aplicación del art. 86.4 RP (controles telemáticos), que no están recogidas en la LOGP

-La delegación de competencias realizada por la Orden del Ministerio del Interior 1127/2010, de 19 de abril (BOE 3/6/2010) por la que se delegan determinadas atribuciones en los Directores de los Centros Penitenciarios y de Inserción Social,

por lo que se refiere a la aprobación de los grados de clasificación penitenciaria.

2º Reforma penitenciaria y principio de legalidad

Dentro de las garantías establecidas en un Estado Social y Democrático de Derecho que proclama nuestra Constitución Española, se encuentra en primer lugar, el principio de legalidad. El clásico aforismo de Feuerbach del *nullum crimen nulla poena sine lege* es extensivo a la ejecución penitenciaria. Pero la reserva de ley en materia penitenciaria no ha sido la constante en nuestro Derecho Penitenciario, que se consagra, como hemos visto, con la promulgación de la LOGP, puesto que la normativa anterior revestía carácter reglamentario³¹⁶.

Una de las proposiciones del principio de legalidad es la reserva de Ley en la ejecución penitenciaria, por lo cual no puede ejecutarse pena alguna sino en la forma prevista en la Ley.

Las Reglas Penitenciarias Europeas de 2006 establecen en su regla nº 2: *“Las personas privadas de libertad conservan todos sus derechos, salvo aquellos que les hayan sido retirados de acuerdo con la ley por su condición de condenados a una pena de prisión o sometidos a prisión provisional”*.

Respecto al derecho positivo español, la referencia más clara al principio de legalidad penitenciaria se encuentra en el art. 25.2 de la Constitución Española, con la declaración de que *“los condenados a penas de prisión gozarán de los derechos fundamentales, salvo los limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria”*, lo que implica el imperio de la ley en toda limitación de derechos en sede penitenciaria. Además, al establecer en su art. 81.1 que

³¹⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Coordinador), ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., PÉREZ CEPEDA, A., SANZ MULAS, N. y FERNÁNDEZ GARCÍA, J., *Lecciones...*, op. cit., pág. 52

las leyes orgánicas son las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas, sin ninguna duda se deduce que la ley que regula la ejecución de la pena de prisión ha de tener el carácter de ley orgánica³¹⁷.

El Código Penal recoge en el primer inciso del apartado segundo del art. 3 el principio de legalidad al establecer que: “*Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto*”. En este artículo se recoge la denominada garantía de ejecución penal, en virtud de la cual la forma de ejecución de penas y medidas ha de ser necesariamente la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan y no de otra. Por otra parte en su art. 36.1 determina: “*La pena de prisión (...). Su cumplimiento, así como los beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en la Leyes y en el presente Código*”. Este último artículo consagra expresamente el principio de legalidad en la ejecución de la pena de prisión.

Por su parte la LOGP en su art. 2 establece: “*La actividad Penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Ley, los reglamentos y sentencias judiciales*”.

Por último el Reglamento Penitenciario de 1996 establece en su art. 31.1 y 2: “*La actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Constitución y la ley*” y “*Los derechos de los internos sólo podrán ser restringidos cuando lo dispongan las leyes*”.

El principio de legalidad se debe respetar durante la ejecución penitenciaria de la pena³¹⁸ con el fin de limitar la

³¹⁷ CERVELLÓ DONDERIS, V., “Revisión de la legalidad penitenciaria en la regulación del régimen cerrado y los FIES”, *Revista La Ley Penal*, Junio, 2010, pág. 7

³¹⁸ CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho...*, op. cit., 3ª Ed., 2012, pág. 32-36

poderosa capacidad de la Administración Penitenciaria de restringir derechos y libertades. Uno de los principales motivos de tal situación ha sido el quiebro al principio de legalidad penitenciaria sufrido en los últimos años, debido, entre otras cosas, a la laxitud de su regulación en el Código Penal, que permite la falta de rigidez en la delimitación entre las materias legislativas y reglamentarias, provocando con ello, no sólo la interferencia reglamentaria en el ámbito competencial de la Ley, sino incluso de las Circulares e Instrucciones en el ámbito de aquéllas³¹⁹.

La referencia del Código Penal en su art. 3.2 y la LOGP a los reglamentos que desarrollan ambas leyes permite la utilización de los mismos para regular la ejecución penitenciaria de la pena, pero no deben invadir las competencias expresamente reservadas a la ley y que en todo caso se trate de un desarrollo de lo establecido legalmente, sin permitir restricciones de derechos *ex novo* sin cobertura legal³²⁰. La remisión del art. 3.2 CP a los reglamentos ha de entenderse respetuosa con el principio de jerarquía normativa establecido en el art. 9.3 de la Constitución, de manera que, ante un conflicto entre el contenido del Reglamento y el de la Ley, sin duda ha de prevalecer ésta, lo cual no siempre se respetaba con el Reglamento de 1981, ante la existencia de materias reguladas en el Reglamento Penitenciario que se enfrentaban al texto de la Ley, y que siguen sin respetarse con el Reglamento de 1996³²¹.

Existen materias penitenciarias que se ajustan perfectamente al principio de legalidad, tales como el reconocimiento de los derechos fundamentales de los internos o la regulación de las sanciones por la comisión de infracciones disciplinarias. Pero las hay en las que no se respetan. Ejemplos significativos han sido tradicionalmente la regulación de las

³¹⁹ CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho...*, *op. cit.*, 1ª Ed., 2006, pág. 6; 3ª Ed., 2012, págs. 56-57

³²⁰ MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 2ª Ed. Navarra, 2005, pág. 35

³²¹ CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho...*, *op. cit.*, 1ª Ed., 2006, pág. 12

redenciones extraordinarias (regulas en el Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1956 y no en el Código Penal) o la actual ausencia de regulación de las infracciones disciplinarias en la LOGP (aunque se regulen en el Reglamento Penitenciario)³²².

Las normas relativas a la clasificación de los penados, por cuanto, al permitir restricción de actividades, medidas de vigilancia y régimen interno, están afectando al derecho a la libertad protegido en el art. 17 CE, también deben quedar sometidas a la reserva de ley las previsiones relativas a los permisos de salida, comunicaciones y visitas, por cuanto son una manifestación del principio de reeducación y reinserción social protegido en el art. 25.2 CE³²³.

La LOGP, sin embargo, utiliza en exceso las remisiones reglamentarias, lo que ha recibido duras críticas doctrinales, destacando entre ellas, por la vulneración que supone al principio de legalidad, por ejemplo que la aplicación de factores a ponderar para la clasificación en primer grado y sus características de cumplimiento se encuentren en el Reglamento y no en la LOGP.

Las Circulares, Instrucciones y Órdenes de servicio no son “normas jurídicas” en sentido estricto, y por tanto, no son creadoras de Derecho. Deben ser entendidas a la luz del art. 21.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre), como directrices de actuación mediante las cuales los órganos administrativos pueden dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes. En virtud de ello, la Administración Penitenciaria dirige las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante circulares, instrucciones y Órdenes del servicio, según dispone la Disposición Transitoria 4ª del Reglamento Penitenciario de

³²² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Coordinador), ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., PÉREZ CEPEDA, A., SANZ MULAS, N. y FERNÁNDEZ GARCÍA, J., *Lecciones...*, op. cit., pág. 52

³²³ CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho...*, op. cit., 1ª Ed., 2006, pág. 9

1996. Por tanto, como directrices de actuación e instrumento interpretativo, no pueden en ningún caso regular materia sustantiva, ni pueden excederse de los límites de disposiciones de mayor rango (leyes y reglamentos), ni pueden innovar el ordenamiento jurídico (no pueden regular situaciones no previstas en la leyes y reglamentos).

A continuación vamos a analizar un claro ejemplo de violación del principio de legalidad. El art. 108 RP establece dos supuestos que denomina “*regresión provisional*” de internos clasificados en tercer grado. Uno es cuando el interno no regresa al establecimiento después de haber disfrutado de un permiso u otra salida autorizada. Otro supuesto es de los internos clasificados en tercer grado que fuesen detenidos, ingresados en prisión, procesados o imputados judicialmente por presuntas nuevas responsabilidades. En ambos casos el Director podrá suspender cautelarmente cualquier nueva salida, así como acordar la separación interior que proceda y su pase provisional al régimen ordinario, debiendo proceder la Junta de Tratamiento inmediatamente a la reclasificación correspondiente en su caso.

Respecto también a los internos clasificados en tercer grado, la Inst. 9/2007, se establece en el apartado de las medidas cautelares a adoptar en acuerdos de regresión, que se faculta al Director del Establecimiento para que, en los casos en los que la Junta de Tratamiento haya adoptado el acuerdo de regresión de grado y estime, en atención a la personalidad del interno o de la entidad de los hechos que la motivan, que la permanencia del interno en la unidad de régimen abierto conlleva un riesgo razonable de quebrantamiento, pueda disponer su pase provisional a una unidad de régimen ordinario, sin perjuicio de la resolución que sobre clasificación y destino adopte el Centro Directivo una vez estudiada la propuesta correspondiente. En esta materia la Inst. 9/2007 ha ampliado los supuestos de regresión provisional del tercero a segundo, lo que como con otras muchas instrucciones parece contravenir el principio de jerarquía normativa. En este sentido se pronuncia el Auto del Juzgado de Vigilancia nº 5 de Valencia, de fecha 13 de abril de 2011, al indicar que esta instrucción va más allá de lo previsto

en el art. 108 RP, por lo cual no puede servir de fundamento para una regresión provisional.

Pese a los inconvenientes de la extralimitación de las remisiones reglamentarias³²⁴, la rápida adaptación de las normas administrativas a los cambios sociales ha permitido que las posibilidades normativas de la Administración Penitenciaria a través de Circulares e Instrucciones se hayan utilizado en ocasiones para tomar la iniciativa en el desarrollo de ciertas figuras recogidas en su marco legal como tránsito a su recepción en sede reglamentaria, y que el ritmo de evolución en las formas de cumplimiento penitenciario es mucho más rápido que cualquier reforma legislativa. Ejemplos de estos supuestos, que comenzaron en Circulares e Instrucciones y terminaron incorporándose al Reglamento Penitenciario, fueron los módulos mixtos, las unidades dependientes³²⁵, y el control telemático, entre otros³²⁶.

³²⁴ En algunos casos estas regulaciones en sede reglamentarias han sido positivas, basta recordar el antiguo artículo 60 del Reglamento Penitenciario de 1981 que regulaba la libertad condicional por enfermedad grave e incurable y que no tenía cobertura legal pero posteriormente fue regulada en el Código Penal de 1995.

³²⁵ Las primeras unidades de este tipo fueron las creadas por Orden Ministerial de 15 de abril de 1987 que establecía la Unidad dependiente del Centro Penitenciario de Mujeres de Valencia, siendo Directora del mismo Mercedes Jabardo, y la Unidad Dependiente del Complejo Penitenciario Femenino de Madrid por Orden de 22 de febrero de 1988.

³²⁶ CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho...*, *op. cit.*, 1ª Ed., pág. 11. También podemos indicar las salidas programadas de los internos que se comenzaron a realizar sin cobertura reglamentaria hasta su regulación en el Reglamento penitenciario de 1996.

CAPÍTULO III: CONCEPTO, FUNDAMENTO, NATURALEZA Y FINALIDAD DEL RÉGIMEN ABIERTO

A. EL CONCEPTO DE RÉGIMEN ABIERTO

1. Evolución

Como hemos visto el precedente inmediato del establecimiento abierto en España se localiza en el Decreto 162/1968, de 25 de enero, sobre modificación de determinados artículos del Reglamento de los Servicios de Prisiones, de 2 de febrero de 1956, que introduce el régimen abierto “para quienes, bien inicialmente, o bien por la evolución del tratamiento a que fueron sometidos estén en condiciones de vivir en régimen de semilibertad” (art.5)³²⁷. La siguiente reforma fue efectuada por

³²⁷ El régimen abierto se estableció por el Decreto número 162/68 de 25 de enero de 1968 que codificó el Reglamento de Servicio de Prisiones de 1965. El artículo 5 del Decreto 162/68 señalaba: “(...) Los establecimientos de cumplimiento comprenderán: Establecimientos ordinarios que serán de tres tipos: de régimen cerrado, para quienes se muestren hostiles o refractarios al tratamiento, de régimen intermedio, para quienes ofrezcan condiciones favorables en Orden a su readaptación social, y de régimen abierto, para quienes bien inicialmente o bien por la evolución del tratamiento a que fueron sometidos, estén en condiciones de vivir en régimen de semilibertad.”

El artículo 49 del mismo Decreto 162/68 expresaba: “(...) En los de régimen abierto el tratamiento se inspirará en los siguientes principios: Cuidar que la actitud del interesado, merecedora de la plena confianza en él depositada, no evolucione en sentido negativo o desfavorable.”

Finalmente y dentro del mismo Decreto, en el artículo 51 se podía leer: “En la aplicación del régimen general en el artículo que antecede (art. 50) se tendrán en cuenta las siguientes peculiaridades: En las instituciones de régimen abierto, descansará sobre la plena confianza merecida por el interno, en el sentido de la propia responsabilidad y la aceptación voluntaria de la

el Decreto 2273/77 de 29 de julio de 1977 que establecía en su art. 6 que “En ningún caso se mantendrá a un interno en el primero o segundo grado cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor de la progresión.”³²⁸

El clima de confianza y entusiasmo que se creó tras la aprobación de la Constitución de 1978 fue el punto de inflexión necesario para que la doctrina comenzase a pensar seriamente en las alentadoras perspectivas que podía suponer el régimen abierto respecto de la ejecución de la pena privativa de libertad. Algunos autores manifestaron entonces que el régimen abierto había de ser el artífice del “primer paso de cara a la supresión de la prisión entendida en su concepto tradicional”³²⁹, o cuanto menos “una alternativa a la prisión clásica: un reto a la misma”³³⁰. Otros, se atrevieron incluso a dar cifras. Así, **García**

disciplina; a cuyo efecto será instruido previamente de las condiciones y régimen del establecimiento para que él manifieste si las acepta y si se compromete a observarlas, la situación propia de este grado de tratamiento permitirá al interno moverse sin vigilancia, tanto en el interior de la institución como en las entradas y salidas para ir a su trabajo con un régimen de vida que se acercará en lo posible a la que debe llevar en libertad.”

³²⁸ El Decreto 2273/77 de 29 de julio de 1977, en el artículo 6, expone: “En ningún caso se mantendrá a un interno en el primero o segundo grado cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor de la progresión.”

El art. 7 dice que “cada seis meses, como máximo, los internos deberán ser estudiados individualmente por los Equipos de Tratamiento, para reconsiderar su anterior clasificación, tomándose la decisión que corresponda, que deberá ser notificada al interesado y contra la cual podrá interponer recurso ante la Dirección General, a la que se remitirá un informe detallado de lo que resulte del expediente y de las circunstancias que determinaron la resolución.”

³²⁹ MAPELLI CAFFARENA, B., “El Régimen penitenciario abierto”, *Cuadernos de Política Criminal*. 1979, nº 7, pág. 62. En este sentido también LANDROVE DÍAZ, G., “El Régimen abierto” en *Estudios Penales y Criminológicos*, XI, Santiago de Compostela, 1988, pág. 124: “En mi opinión, el régimen abierto adquiere verdaderamente sentido cuando se configura como tránsito hacia la desaparición de las prisiones”.

³³⁰ MIR PUIG, C., *Derecho Penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, Barcelona, 2011, pág. 48

Valdés³³¹ habló en su día de un 45% de posibles beneficiarios, **Garrido Guzmán** de un 40%, y la propia Administración penitenciaria de cuotas de hasta aproximadamente un 50% de los penados³³². Ya el dictamen de la Comisión del Senado³³³ al proyecto de Ley Penitenciaria recogía que “En supuestos de imposición de penas privativas de libertad, éstas deben cumplirse normalmente en el llamado régimen abierto...”, o la misma Exposición de Motivos de la LOGP plasma su intención de “... potenciación del régimen abierto y reducción del cerrado a supuestos extraordinarios”³³⁴. En este mismo sentido, las Reglas Penitenciarias Europeas del Comité de Ministros del Consejo de Europa también lo establecen claramente: “Los internos deberán, no obstante ser colocados en la categoría más baja posible, compatible con la seguridad pública y las necesidades de cada uno de ellos. Es preciso esforzarse en colocarlos en establecimientos de régimen abierto, o bien ofrecerles amplias posibilidades de contacto con la comunidad exterior”³³⁵.

³³¹ GARCÍA VALDÉS, C., “Un año de reforma penitenciaria”. *Cuadernos de Política Criminal*. 1979 N° 50, Madrid, pág. 50. El mismo autor en *Comentarios a la legislación penitenciaria española*, 2ª ed. Madrid, 1982, pág. 43, alude también a un 45% de posibles beneficiarios. GARRIDO GÚZMAN, L. *Manual de ciencia penitenciaria*, Valencia, pág. 23, alude a un 40%.

³³² Informe General de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias del año 1979.

³³³ Informe General de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias del año 1979.

³³⁴ Treinta años después, podemos decir que estas previsiones tan optimistas no se han cumplido, si bien en los últimos años, sobre todo desde el año 2004 han aumentado considerablemente las clasificaciones en tercer grado, y si en el año 2006 estaban clasificados en tercer grado el 14,4 % de los penados, según datos de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias a 31 de marzo de 2011 estaban clasificados en tercer grado 10201 internos, lo que supone casi el 20 % de los penados clasificados que eran 52570.

³³⁵ Regla 65 de las Reglas Penitenciarias Europeas R (87). *Revista de Estudios Penitenciarios*, n° 38. 1987, págs. 195 y ss. También GARCÍA ARÁN, M., y SOLA DUEÑAS, A., *Legislación penitenciaria europea comparada*,

Con la aprobación de la LOGP de 1979 se pretendía potenciar el régimen abierto al ser una de las grandes novedades de la reforma penitenciaria de la democracia³³⁶, aunque su regulación será efectuada por el Reglamento Penitenciario de 1981 y alcanzará el cenit de máximo desarrollo con el Reglamento Penitenciario de 1996. Es precisamente en este mismo Reglamento donde por primera vez se recoge detalladamente, aunque de manera un tanto dispersa y asistemática, la normativa que se refiere al régimen abierto. Si bien, como veremos más adelante, esta potenciación del régimen abierto no se producirá hasta muchos años después en el periodo comprendido entre los años 2004-2011 durante los gobiernos del Partido Socialista, siendo Secretaria General de Instituciones Penitenciarias Mercedes Gallizo. En estos años se inauguraron más de veinte centros de inserción social destinados para el cumplimiento de penas en régimen abierto, llegando a estar en este régimen entorno a 9.047 internos que representan casi el 20% de la población penada³³⁷.

2. Definición

El régimen abierto es una forma de cumplimiento de la pena privativa de libertad en semilibertad, una mezcla equilibrada entre el internamiento y la libertad vigilada, que está recogida en la legislación comparada de otros países con la

Generalitat de Catalunya, Centre d'Estudis Jurídics i formació especializada, Barcelona, 1991, págs. 119 y ss.

³³⁶ LÓPEZ RODRÍGUEZ, J. A., “El futuro de las prisiones”, *Revista General de Derecho Penal* 15 (2011): Esta fue realmente la apuesta del entonces Director General de Instituciones Penitenciarias, Carlos García Valdés: la prisión abierta como alternativa. Partía de la premisa de que la cárcel es un mal necesario, y de que las penas carcelarias son un factor criminógeno, sobre todo en las penas cortas. Pretendía emular el sistema de los países nórdicos con prisiones abiertas de reducido tamaño, para esa gran mayoría de delincuentes que no son ni enfermos ni irrecuperables sino solamente inadaptados.

³³⁷ AAVV, *Panorámica del Medio Abierto*. Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto, Madrid, 2011, págs. 15 y 85

denominación de prisión abierta, trabajo en el exterior sin vigilancia, semilibertad, etc. Viene regulada en las Reglas 63.2 de las Naciones Unidas y 64.2 del Consejo de Europa, en el Reglamento belga, en el Código Penal francés, la Ley penitenciaria sueca e italiana y en la Ley de Ejecución alemana, entre otros muchos países³³⁸.

Se definen doctrinalmente las prisiones abiertas como aquéllas que carecen de obstáculos físicos contra la evasión (muros, alambradas, rejas, fosos, vigilancia exterior) y se inspiran en el principio de autorresponsabilidad de los internos³³⁹.

En nuestro país, el régimen abierto se aplica las personas penadas que pueden continuar su tratamiento en semilibertad. Con este régimen de vida se pretende incorporar progresivamente al penado a la sociedad, a través de la actuación coordinada y armónica de todos los recursos sociales y comunitarios. Por tanto, el objetivo del régimen abierto es potenciar las capacidades de inserción social positiva de los penados realizando las tareas de apoyo y asesoramiento así como de cooperación necesaria para favorecer su incorporación progresiva a la comunidad.

A continuación vamos a ver la diferencia entre el régimen penitenciario existente y necesario en cualquier centro penitenciario con el propiamente denominado régimen abierto.

a) Régimen penitenciario

Se entiende por régimen penitenciario el conjunto de normas o medidas que persiguen la consecución de la convivencia ordenada y pacífica que permita alcanzar el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento y la retención y custodia de los internos (art. 73.1 RP que desarrolla el art. 71 de

³³⁸ GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios...*, *op. cit.*, pág. 227

³³⁹ TAMARIT SUMALLA, J. M^a., GARCÍA ALBERO, R., RODRÍGUEZ PUERTA, M^a. J. y SAPENA GRAU, F., *Curso...*, *op. cit.*, 2^a Ed. pág. 103

la LOGP). Las funciones regimentales de seguridad, orden y disciplina son medios para alcanzar los fines indicados, debiendo ser siempre proporcionadas al fin que persiguen, y no podrán significar un obstáculo para la ejecución de los programas de tratamiento e intervención de los internos (art. 73.2 RP). Las actividades integrantes del tratamiento y del régimen, aunque regidas por un principio de especialización deben estar debidamente coordinadas (art. 71 LOGP y 73. RP).

El régimen penitenciario constituye una de las tres manifestaciones prototípicamente penitenciarias, juntamente con el tratamiento y con actividad asistencial o prestacional; pero mientras las dos últimas pueden ser ejecutadas por instituciones extrapenitenciarias, las medidas regimentales son titularidad exclusiva de las Instituciones Penitenciarias³⁴⁰.

Debe destacarse el *principio de correlación* entre los establecimientos penitenciarios, el grado de clasificación y tratamiento y régimen penitenciario³⁴¹. Por tanto, según el grado de clasificación (primero, segundo o tercero) corresponde un tipo de régimen penitenciario y el destino a un determinado establecimiento penitenciario, aunque este principio de correlación, como veremos más adelante, choca con el principio de flexibilidad del art. 100.2 RP.

También debe subrayarse el *principio de coordinación* de las actividades regimentales con el tratamiento penitenciario, al que deben subordinarse³⁴². En definitiva el régimen penitenciario no tiene otra función que conseguir el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento. Por ello se puede decir que rige el principio de instrumentalidad³⁴³, es decir, que el régimen penitenciario no tiene un fin en sí mismo, sino que es

³⁴⁰ FERNÁNDEZ AREVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., *op.cit.*, pág. 333

³⁴¹ MIR PUIG, C., *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 48

³⁴² MIR PUIG, C., *Derecho...*, *op.cit.*, pág. 49

³⁴³ FERNÁNDEZ AREVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., *Manual...*, *op. cit.*, pág. 332.

un medio para el tratamiento³⁴⁴. Aquí hemos de recordar que el tratamiento es el conjunto de actividades dirigidas a conseguir la reeducación y reinserción social del penado (art. 59.1 LOGP) para que no vuelva a delinquir.

Desgraciadamente, como bien dice **Vega Allocén**³⁴⁵, en la realidad diaria de los centros penitenciarios todavía prima el régimen sobre el tratamiento. El sistema penitenciario español tiene la orientación invertida. No cumple el mandato del art. 71 LOGP. Se produce esta situación sobre todo debido a diversos factores.

Por un lado, el Centro Directivo, si bien potencia la implantación de programas de tratamiento, sigue dando prioridad a la seguridad de los centros penitenciarios: evitar las fugas, plantos o agresiones. Con lo cual si los programas de tratamiento se desarrollan con normalidad en un centro pero hay algún incidente de los indicados presta más atención a éste que a la buena evolución de los programas. Siguiendo con esta argumentación, desgraciadamente el Centro Directivo invierte más recursos humanos y materiales en seguridad que tratamiento.

Por otro lado, por la presión de los funcionarios de vigilancia y de algunos de los sindicatos que los representan, que en alas a una mayor seguridad, a veces, no colaboran en el desarrollo de los programas de tratamiento e incluso en algunos casos los boicotean, porque piensan que al fin y al cabo a ellos sólo les van exigir alguna responsabilidad si se produce algún incidente de los indicados.

También hemos de recoger otro factor, y es que desgraciadamente, sigue habiendo profesionales del área de tratamiento que no creen en los programas como medios de

³⁴⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Coordinador), PÉREZ CEPEDA, A. I., ZÚÑIGA PÉREZ, L., MULAS SANZ, N., FERNÁNDEZ GARCÍA, J., *Lecciones...*, *op. cit.*, pág. 154

³⁴⁵ VEGA ALOCÉN, M., *El tercer grado con control telemático*, Granada, 2010, pág. 100

reinserción social y que por lo tanto no luchan por la implantación y desarrollo de los mismos.

El Reglamento Penitenciario establece en su título III cuatro tipos de regimenes de vida: el de preventivos, cerrado, ordinario y abierto.

b) Régimen abierto

Según **Cervelló Donderis** el régimen abierto es la denominación dada por el art. 72.2 LOGP a los establecimientos donde se cumple el tercer grado de clasificación, si bien es en el art.102.4 RP donde se establece el requisito necesario para ello: capacidad de vivir en semilibertad, tan amplia expresión tiene como única referencia la del art. 104.3 del mismo Reglamento que exige en quienes no hayan cumplido un cuarta parte de la condena un tiempo de estudio suficiente así como una valoración especial del histórico delictivo y de integración social. La competencia para toda clasificación la atiene la DGIIPP a propuesta de la Junta de Tratamiento del establecimiento penitenciario, y sólo si se ha interpuesto recurso interviene el JVP³⁴⁶.

Las normas del régimen de vida de este tipo de prisiones se caracterizan por el orden y la disciplina que son los propios de toda colectividad civil, con ausencia de controles rígidos, tales como formaciones, cacheos, requisas, intervención de visitas y correspondencia, que contradigan la confianza que como principio inspira este régimen.

El principio de resocialización, tan íntimamente ligado al de humanización³⁴⁷, debe impregnar y orientar cualquier política

³⁴⁶ CERVELLÓ DONDERIS, V., “El sentido actual del principio constitucional de reeducación y reinserción social”, en *“Presente y futuro de la Constitución española de 1978”*, Universidad Valencia, 2005, págs. 217-233

³⁴⁷ GARRIDO GÚZMAN, L., *“En torno al Proyecto de Ley Orgánica General Penitenciaria”*, Estudios Penales, Valencia, 1979, pág. 209.

penitenciaria que se adopte, pese a las críticas recibidas desde amplios sectores doctrinales³⁴⁸.

La resocialización en la ejecución de la pena, como señala **Morillas Cueva**, se considera finalidad principal hasta donde sea posible por las características del delincuente y por la necesidad de protección de bienes jurídicos³⁴⁹. Cuestionar la legitimidad del principio de resocialización, sería cuestionar en esencia todo el sistema penitenciario³⁵⁰. Como bien dice **Rodríguez Alonso** son los establecimientos de régimen abierto los más adecuados para el ejercicio pleno del tratamiento resocializador³⁵¹, este mismo autor años después dirá: “*Los los establecimientos de régimen abierto, a mi juicio, únicos par el ejercicio pleno del tratamiento resocializador...*”³⁵². Afirmación que compartimos totalmente.

Régimen abierto es el conjunto de normas y condiciones que han de llevarse a cabo en los establecimientos abiertos para procurar la resocialización del penado, evitar la desocialización, y, a la vez, hacer efectiva la retención y custodia de aquellos presos que estén clasificados en tercer grado³⁵³. No hay que confundir régimen abierto con el tercer grado, no son lo mismo (el régimen de preventivos no se corresponde con grado alguno, un no penado- sometido a medida de seguridad, puede estar en un tipo de régimen u otro- cerrado, ordinario o abierto- y un

³⁴⁸ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español*, Primera Parte, “La resocialización como fundamento jurídico penitenciario”, págs. 91-109

³⁴⁹ MORILLAS CUEVA, L., *Los fines de la pena en el Derecho Positivo Español. Teoría de las Consecuencias Jurídicas del Delito*. 1991. pág. 48

³⁵⁰ RODRÍGUEZ ALONSO, A., *Lecciones...*, *op. cit.*, pág. 7

³⁵¹ RODRÍGUEZ ALONSO, A., *Lecciones...*, *op. cit.*, pág. 171

³⁵² RODRÍGUEZ ALONSO, A. y RODRÍGUEZ AVILÉS, J. A., *Lecciones...*, *op. cit.*, pág. 148

³⁵³ ALARCÓN BRAVO, J., “Las resoluciones de tercer grado desde la publicación de la Ley Orgánica General Penitenciaria”, *Revista de Estudios Penitenciario*, 1988, N° 240, Dirección General de Instituciones Penitenciarias, Madrid, pág. 17

clasificado en cualquier grado puede vivir en un régimen distinto al que le corresponda. De la misma manera, se define el tercer grado como: “Una de las cuatro clases (categorías o fases) de status jurídico- penitenciario del penado, propias o características del sistema de individualización científica (art.72 LOGP) que, por prescripción legal, se corresponde con una calificación científica personal (psicológica y criminológica. Título III LOGP) y también generalmente con una modalidad de régimen abierto) siendo supuesto o requisito sine qua non de la libertad condicional, por regla general. Decimos “generalmente” porque, como después veremos, pueden estar en régimen abiertos penados que están clasificados en otro grado en base al principio de flexibilidad (art. 100.2 RP).

La actividad penitenciaria en régimen abierto tiene como objetivo potenciar la capacidad de reinserción social del interno³⁵⁴, para ello, según dispone el art. 83 RP deberán atenuarse las medidas de control y fomentar la autorresponsabilidad ofreciendo a los internos la posibilidad de participar en la organización de las actividades y en general adoptando las medidas necesarias para favorecer su integración en la sociedad³⁵⁵. En definitiva, este régimen de vida de los internos se debe acercar lo más posible al que han de llevar en libertad³⁵⁶.

Los penados en este régimen abierto, a diferencia de los demás, podrán salir del centro penitenciario para desarrollar las actividades laborales, formativas, familiares, de tratamiento o de otro tipo destinadas a facilitar su resocialización. Estas salidas deberán estar planificadas y reguladas por la Junta de Tratamiento, y por regla general el tiempo mínimo de

³⁵⁴ RODRÍGUEZ ALONSO, A. y RODRÍGUEZ AVILÉS, J. A., *Lecciones...*, *op. cit.*, pág. 150

³⁵⁵ TAMARIT SUMALLA, J. M^a, GARCÍA ALBERO, R., RODRÍGUEZ PUERTA, M^a. J. y SAPENA GRAU, F., *Curso...*, *op. cit.*, 2^a Ed., pág. 104

³⁵⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Coordinador), PÉREZ CEPEDA, A. I., ZÚÑIGA PÉREZ, L., FERNÁNDEZ GARCÍA, J., *Lecciones...*, *op. cit.*, pág. 100

permanencia en el Centro deberá ser de ocho horas (art. 86 RP). Ahora bien si se le aplican controles telemáticos o de otro tipo, el interno únicamente deberá permanecer en el Centro el tiempo necesario para llevar a cabo el tratamiento, las entrevistas o controles presenciales (art. 86.4 RP)³⁵⁷.

Respecto a los permisos ordinarios queremos destacar la ya indicada contradicción de tener cumplida la cuarta parte de la condena para poder disfrutarlos. Como es sabido, antes de la implementación del sistema de individualización científica, el régimen progresivo era el vigente en nuestro país; sin pretender ser exhaustivos, cabe recordar que, según el art. 84 del Código Penal de 1944, éste constaba de cuatro períodos, de entre los cuales merece ser destacado el segundo, esto es, el denominado de “trabajo en comunidad”, por cuanto que duraba, normalmente, hasta que quedara extinguida la cuarta parte de la condena³⁵⁸. En parecidos términos, el art. 50 del RSP de 1956 establecía que la permanencia en este periodo duraría hasta que el penado hubiera dejado extinguida la cuarta parte de la condena, poseyera conocimientos de un oficio, supiera leer y escribir, tuviera nociones elementales de cálculo y conociera las verdades fundamentales de la religión católica, salvo que se tratase de deficientes mentales. No obstante, con la reforma de 1968, se proclamó que siempre que el sujeto demostrase estar en condiciones para ello, podía ser situado inicialmente en grado superior, salvo el de libertad condicional, sin tener que pasar necesariamente por los que le precedían (art. 48). Es desde ese instante en que se constata, por una parte, la gran flexibilidad y las posibilidades que el sistema de individualización ya presentaba -aun cuando se continuara denominando “progresivo”- y, por otra, que la clasificación inicial del penado

³⁵⁷ RÍOS MARTÍN, J.C., *Manual de ejecución penitenciaria*, Madrid, 2004, pág. 72

³⁵⁸ Para más detalle, QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Curso de Derecho Penal*, Madrid, 1963, pág. 516. Con la reforma de 1968, este grado pasó a denominarse “de readaptación social” o “régimen intermedio”.

dejara de estar sujeta a requisito temporal alguno³⁵⁹. Sin embargo, es a partir del RP de 1981 que se introduce la exigencia de que concurren favorablemente calificadas las otras variables intervinientes en el proceso de clasificación, valorándose especialmente la primariedad delictiva, buena conducta y madurez o equilibrio personal, cuando se proponga para tercer grado a un interno que no tenga cumplida la cuarta parte de la totalidad de su condena o condenas, siendo necesario un tiempo mínimo de conocimiento del interno, previsión de conducta y consolidación de factores favorables, no inferior a dos meses de estancia real en el Centro que lo proponga (art. 251).

Si partimos de la premisa que la actual configuración de los permisos ordinarios de salida se produce con el art. 47 de la LOGP -por el que se requiere, entre otros requisitos, el cumplimiento de la cuarta parte de la condena-, todo parece indicar que la referencia que el art. 251 del RP derogado realizaba a idéntico lapso se encontraba íntimamente relacionada con la exigencia prevista en la norma legal antes referenciada. En otras palabras, a partir del instante en la Ley penitenciaria se refiere al cumplimiento de la cuarta parte para la concesión del permiso, el Reglamento también alude a este plazo para el acceso al tercer grado; no obstante, el RP no podía supeditar la aplicación del régimen abierto a la imposición de un período determinado, pues ello entraría en abierta contradicción con el sistema de individualización científica. Por todo ello, entiendo que la previsión de este lapso, tanto en el Reglamento derogado (art. 251) como en el vigente (art. 104.3), responde al hecho que resultaría incongruente que un penado estuviera fuera del centro penitenciario durante el día y, paralelamente, no se le concediera un permiso para que accediera al exterior, al quedar éste

³⁵⁹ El contenido de este precepto permaneció inalterado en la reforma de 1977 (RD 2273/1977), debiendo destacarse que, en esta última modificación, se introdujo en el art. 48, el número 6, cuyo tenor literal era el siguiente: “en ningún caso se mantendrá a un interno en el primero o segundo grado cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión”.

condicionado a la extinción de la cuarta parte de la condena³⁶⁰. Bien, pues esta distorsión es la que precisamente genera la inflexibilidad en la exigencia de este requisito temporal en el ámbito de los permisos, pudiendo llegar a condicionar en gran medida la propia clasificación del sujeto en tercer grado, incluso de aquel que ha sido condenado a una pena inferior a un año de prisión.

Por tanto la rigidez de la extinción la cuarta parte de la de condena fijado para los permisos ordinarios, amén de enturbiar hasta cierto punto el sistema previsto en el art. 72.1 de la LOGP³⁶¹, por lo cual sería conveniente suprimir este requisito de la cuarta parte de la condena para los permisos de los clasificados en tercer grado.

Esta modalidad de cumplimiento atenuado, equiparable a los sistemas de semilibertad existentes en otros países, tiene la virtud principal de ofrecer un periodo intermedio entre la prisión ordinaria y la libertad que sirve de preparación para la plena incorporación del interno a la vida social. Esta forma de régimen es un instrumento indispensable en un sistema sancionador orientado a la resocialización, dado que mantiene las ventajas del ingreso para el recluso (concretamente, la posibilidad de llevar a cabo un tratamiento) reduciendo drásticamente los inconvenientes propios del efecto desocializador de la prisión al permitir la inserción laboral del sujeto, una mayor fluidez y normalización en la relación con sus familiares y el contacto diario con la realidad externa. No cabe duda que este sistema de cumplimiento tiene un déficit obvio en cuanto al efecto preventivo-especial negativo de la pena, por lo que sólo resultará operativo en relación con aquellos internos cuya

³⁶⁰ El contenido de este precepto permaneció inalterado en la reforma de 1977 (RD 2273/1977), debiendo destacarse que, en esta última modificación, se introdujo en el art. 48, el número 6, cuyo tenor literal era el siguiente: “en ningún caso se mantendrá a un interno en el primero o segundo grado cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión”.

³⁶¹ RENART GARCÍA, F., *Los permisos de salida en el derecho comparado*, Premio Victoria Kent 2009, Secretaria General de Instituciones Penitenciarias, Madrid, 2010, págs. 106-107

evolución permita vaticinar un comportamiento respetuoso con la ley penal³⁶².

1º Normativa y organización de los centros abiertos

Como hemos visto, las normas del régimen de vida de este tipo de prisiones se caracterizan por el orden y la disciplina que son los propios de toda colectividad civil, con ausencia de controles rígidos, tales como formaciones, cacheos, requisas, intervención de visitas y correspondencia, que contradigan la confianza que como principio inspira estas instituciones.

Respecto de la organización de cada establecimiento de régimen abierto, es decir, de las normas que rigen la vida de cada centro, el Reglamento Penitenciario de 1996 también nos ofrece particularidades dignas de análisis. Particularidades que han de entenderse como generales, pues en cada establecimiento la Junta de Tratamiento desarrolla una ulterior regulación interna, acorde con las características del mismo.

Este proceder trae causa, o es consecuencia, de la escasez de preceptos generales que, sobre criterios y adopción de decisiones uniformes respecto a la organización de los establecimientos abiertos, existe en la legislación penitenciaria. Dicha circunstancia, contrariamente a lo que podría pensarse, no implica necesariamente un alto nivel de autonomía interna respecto de la organización y vida en los mismos, como por otro lado sería deseable, sino la remisión a los reglamentos internos de toda la normativa de vida en régimen abierto, siendo tal circunstancia fuente de conflictos constantes. Es cierto que se pueden derivar muchos beneficios, sobre todo si se cuenta con los presos, de la elaboración de un reglamento específico para cada uno de los centros, pero para garantizar cierta uniformidad en la adopción de las decisiones principales debería existir una

³⁶² TAMARIT SUMALLA, J. M^a, GARCÍA ALBERO, R., RODRÍGUEZ PUERTA, M^a. J. Y SAPENA GRAU, F., *Curso...*, *op. cit.*, 2^a Ed., Valencia, 2005, pág. 276

regulación concreta en la legislación penitenciaria general³⁶³. En este sentido se pronunciaron los Jueces de Vigilancia en su reunión del año 2010: “*Los acuerdos de la Junta de Tratamiento de asignación a un penado en tercer grado de una específica modalidad de vida que regula el art. 84 apartados 2 y 3 del Reglamento Penitenciario, requerirán: su motivación, la determinación concreta del sistema de vida que se aplica y la indicación del recurso procedente, plazo y órgano ante el que debe interponerse*”

Ante la indicada falta de regulación concreta en el Reglamento Penitenciario y ante la puesta en funcionamiento en los últimos años de más de treinta centros de inserción por toda España³⁶⁴ se ha elaborado por la SGIIPP una normativa unificada de funcionamiento de los mismos que debería ser incluida en una futura reforma del Reglamento Penitenciario.

Esta normativa trata de unificar en los centros de inserción social unos horarios generales³⁶⁵ establece el *funcionamiento de estos centros*, en base al art. 84.2 RP, mediante un “*Sistema de Modalidades, no progresivo necesariamente, y dependiente del*

³⁶³ DE LA CUESTA ARAMEDIZ, J. L. “El régimen abierto” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, Tomo XLIX, 1996, enero-abril., pág. 67 cuando apunta: “La oportunidad de un alto nivel de autorregulación no ha de confundirse con la mera remisión al reglamento interno de cada centro o sección abierta de toda la normativa referente a la vida penitenciaria en régimen abierto.”

³⁶⁴ Desde el año 2004 hasta el 2011 se inauguraron 26 de los 32 Centros de Inserción Social existentes.

³⁶⁵ Horarios: Todos los horarios que se recogen en este proyecto son indicativos. Los Consejos de Dirección o las Juntas de Tratamiento en su caso, deberán aprobar los horarios que resulten más adecuados para cada CIS en función del transporte público, lejanía de los centros de trabajo y circunstancias personales de los internos. *Estos horarios podrán variar conforme dispone la orden de delegación de competencias* Orden INT/1127/2010 de 19 de abril

tratamiento individual de cada interno. *Que se compone de cuatro fases*³⁶⁶. Pasamos a enumerar estas fases:

1ª Fase.

En la Primera Fase se pretende que el nuevo interno se adapte progresivamente a la nueva vida en semilibertad y:

-Proporcionarle información sobre el funcionamiento, normas, actividades y funciones del personal del CIS, así como de su situación penal y penitenciaria.

-Facilitarle la actualización de la documentación personal

-Elaborar un programa de intervención, que será revisado a medida que el proceso de integración vaya avanzado.

-Las salidas serán desde las 14 horas del sábado a las 22 horas del domingo

2ª Fase.

En esta fase estarán los internos clasificados en tercer grado que presenten algún déficit formativo, laboral, personal y / o de vinculación familiar. Caracterizándose esta fase de adaptación por su similitud en cuanto a la convivencia se refiere con cualquier otro colectivo de carácter ciudadano, sin más restricciones que las determinadas en nuestra legislación penitenciaria.

Las salidas al exterior se realizarán de forma progresiva según las necesidades individuales de cada interno, pudiendo utilizarse como un incentivo dentro de su programa individualizado y siempre que exista algún objetivo o motivación de las mismas.

Se prestará atención personalizada a las carencias específicas presentadas por el interno, pudiendo ser derivado a los servicios sociales comunitarios de forma que faciliten su integración.

³⁶⁶ Este sistema de fases se venían aplicando desde hace tiempo en el CIS Victoria Kent de Madrid y el CIS Torre Espioca de Valencia.

El horario de salidas de fin de semana será desde las 9 horas del sábado a las 22 horas del domingo.

3ª Fase.

Tras el estudio individualizado de cada interno, la Junta de Tratamiento podrá acordar un régimen de vida que posibilite al mismo una mayor integración sociolaboral y familiar. En estos casos el interno tendrá que permanecer en el CIS durante el tiempo mínimo fijado en su programa individual para la realización de actividades de tratamiento, entrevistas y controles presenciales. En estos casos el control de la actividad exterior se realizará como mínimo de forma mensual.

Los principios de responsabilización y autocontrol deben orientar la dinámica de esta fase.

El horario de salida al exterior será más amplio que en fases anteriores.

La permanencia del interno en esta fase durará hasta que salga en libertad condicional o definitiva una vez cumplida la condena, salvo que sea regresado de fase.

La importancia que adquiere en esta fase el control y seguimiento de las actividades exteriores que realizan los internos lleva a aplicar de forma escrupulosa el sistema de seguimiento extrapenitenciario previsto, siendo mensual como mucho la cadencia máxima de revisión de dicho seguimiento.

El horario de salidas de fin de semana desde las 15 horas del viernes hasta el inicio de la jornada laboral del lunes. En caso de iniciar la actividad laboral el lunes muy temprano podrán firmar el término de fin de semana el domingo entre las 20 y 22 horas.

4ª Fase 0 (Observación)

A aquellos internos, independientemente de la fase que tengan asignada, o bien inicialmente, que demuestren una inadaptación laboral, social, de convivencia o incumplimiento del compromiso personal, la Junta de Tratamiento podrá asignarles, previo informe del Equipo Técnico, la fase 0 (de Observación).

Entre otros casos que considere el Equipo de Tratamiento, podrán incluirse en esta fase a los siguientes internos:

-A quienes se les hayan abierto diligencias policiales y/o judiciales por la presunta comisión de algún delito, en aquellos casos que por la entidad de los hechos se haya descartado la regresión de grado.

-Los que hayan dado algún positivo en las pruebas analíticas o de alcoholemia realizadas.

-Quienes muestren signos evidentes de consumo de algún tóxico y no se les pueda realizar las pruebas arriba indicadas.

-Los que habiéndose comprometido a satisfacer la responsabilidad civil derivada del delito no lo hagan, pudiendo hacerlo.

-La asignación de esta fase conlleva pernoctar en el establecimiento el viernes, sábado y domingo.

El horario de salida al exterior habitual será de 17.30 a 21.45 salvo mención expresa de suspensión de este horario de salidas de fin de semana.

3. Clasificación en tercer grado

Como ya hemos dicho, la base del régimen abierto la encontramos en el principio de resocialización del penado, puesto que la finalidad primordial de las instituciones penitenciarias es tratar de conseguir, según el art. 25.2 CE en relación con el art. 1 LOGP, la reeducación y la reinserción social de los condenados a través del tratamiento penitenciario (art. 59 LOGP).

El tercer grado es una pieza fundamental de nuestro sistema penitenciario, puesto que su finalidad coincide con la finalidad principal de las penas privativas de libertad: la reeducación y la reinserción social del penado. Además, persigue una finalidad específica: satisfacer determinadas circunstancias individuales de carácter personal, familiar, sanitario, laboral, tratamental u otras análogas. Con todo ello se

pretende potenciar aún más la inserción comunitaria del penado³⁶⁷.

El modelo diseñado por la LOGP es totalmente flexible, presidido por la idea de no mantener a un interno en un grado inferior al que se merece, lo cual hace posible el paso casi inmediato al régimen abierto³⁶⁸, aunque la realidad nos indica que en la mayoría de los casos el penado llega a tercer grado cuando ha cumplido más de la cuarta parte de la condena puesto que se sigue el criterio general, aunque no necesario, de que el mismo disfrute permisos de salida como prueba de su evolución en el exterior para progresar a tercer grado, y para salir de permisos uno de los requisitos objetivos es, como ya hemos indicado, haber cumplido la cuarta parte de la condena(art. 47 LOGP relación con el art. 154 RP).

El penado debe ser considerado como un sujeto de derecho que forma parte de la sociedad, lo que implica que la vida en prisión debe tomar como referencia la vida en libertad y parecerse a ella lo más posible, y el medio donde más se puede cumplir este objetivo es en el régimen abierto, pues en el mismo es donde pueden reducirse los posibles efectos dañinos del internamiento, se favorece la relación familiar y el contacto permanente con la sociedad, además se potencia la inserción laboral.

El Preámbulo de la LOGP establece, entre otros rasgos, característicos de la norma, la potenciación del régimen abierto. El art. 72 de esta ley establece de forma clara que, siempre que reúna las condiciones para ello, un penado podrá ser situado inicialmente en un grado superior sin tener que pasar necesariamente por los que le preceden, no debiéndose retrasar su progresión de grado, cuando por la evolución de su tratamiento sea merecedor de ello. Por tanto para la LOGP sería oportuno que accedan régimen abierto todos los penados

³⁶⁷ VEGA ALOCÉN, M., *El tercer grado...*, *op.cit.*, pág. 83

³⁶⁸ TAMARIT SUMALLA, J. M^a, GARCÍA ALBERO, R., RODRÍGUEZ PUERTA, M^a. J. y SAPENA GRAU, F., *op.cit.*, 2^a Ed., Valencia, 2005, pág. 277

capacitados para cumplir su pena en régimen de semilibertad, y que por último finalicen su cumplimiento en libertad condicional todos aquellos penados que reúnan los requisitos legales.

En nuestro país el régimen abierto es el aplicado a los internos clasificados en tercer grado, que son aquellos que bien inicialmente o por su evolución positiva en otro grado están en condiciones de recibir tratamiento en semilibertad (art. 74.2 LOGP) previo a la libertad condicional.

El art. 72 LOGP establece una clara vinculación entre el grado de tratamiento en que haya sido clasificado el interno y el régimen aplicable, y, por lo tanto, el establecimiento correspondiente (...). La correlación entre clasificación y régimen es un aspecto fundamental de la LOGP³⁶⁹. Así pues, cada uno de los grados de tratamiento conlleva la aplicación de un diferente régimen de vida en prisión y el destino al centro penitenciario más adecuado al mismo.

Por su parte el art.100.1 RP establece: “...los penados deberán ser clasificados en grados. Los grados serán nominados correlativamente, de manera que el primero se corresponda con un régimen en el que las medidas de control y seguridad serán más estrictas, el segundo con el régimen ordinario y el tercero con el régimen abierto”. Deben ser clasificados en tercer grado los penados que por sus circunstancias personales y penitenciarias estén capacitados para llevar un régimen de vida en semilibertad.

4. El principio de flexibilidad

Como hemos visto, el régimen abierto se ha aplicado tradicionalmente a los penados clasificados en tercer grado hasta que entró en vigor el Reglamento Penitenciario de 1996. Esta norma para potenciar la individualización científica introduce en

³⁶⁹ TAMARIT SUMALLA, J. M^a., GARCÍA ALBERO, R., y SAPENA GRAU, F., *Curso..., op. cit.*, 1^a Ed., Barcelona, 1996, 1^a Ed. pág. 206

su preámbulo el *principio de flexibilidad*, el cual luego pasa a regular en el art. 100.2 del mismo estableciendo: “Con el fin de hacer el sistema más flexible el Equipo Técnico podrá proponer a la Junta de Tratamiento que, respecto a cada penado, se adopte un modelo de ejecución en el que puedan combinarse aspectos característicos de cada uno de los grados de tratamiento, siempre que esta medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado. Esta medida, que se califica de excepcional, necesitará la ulterior aprobación del Juez de Vigilancia, sin perjuicio de su ejecutividad inmediata”. El precepto citado pretende asegurar una más ajustada adaptación de los modelos de ejecución a las circunstancias personales de cada interno, con el fin de superar la excesiva rigidez que la clásica división en tres grados³⁷⁰ que se representaba en la configuración del Reglamento Penitenciario de 1981.

El principio de flexibilidad confirma la voluntad normativa penitenciaria española de potenciar los fines primarios de la pena privativa de libertad, que no son otras que lograr la reinserción social del interno, recurriéndose a todos los medios posibles para tal fin. Este principio permite la posibilidad de combinar aspectos característicos de uno y otro grado con la finalidad de que la clasificación penitenciaria se flexibilice lo más posible para lograr que el tratamiento sea lo más individualizado para cada penado, con ello nos acercamos más a los sistemas penitenciarios europeos en los que no rigen los grados y lo que se elaboran planes individualizados sin tener en cuenta ningún grado de clasificación.

En base todo lo expuesto, el principio de flexibilidad permite incorporar progresivamente al medio abierto penados clasificados en segundo grado de tratamiento. En todo caso, debemos llamar la atención acerca del carácter excepcional de su aplicación, que ha de sustentarse siempre en la necesidad de

³⁷⁰ CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho...*, 3ª Ed., Valencia, 2012, págs. 187-188

aplicar un programa específico de tratamiento al interno que no pueda ser ejecutado de otro modo³⁷¹.

De conformidad con este esquema de funcionamiento, la Administración Penitenciaria goza de un amplio margen de discrecionalidad para la asignación de un régimen de vida específico a cada interno que se acomode mejor a las circunstancias personales, familiares y sociales del mismo, siempre y cuando se fundamente en un programa específico de tratamiento penitenciario³⁷².

La clasificación establece la correlación de grado de tratamiento y régimen de vida, pero el principio de flexibilidad del art. 100.2 RP supone una excepción a esta sistemática dado que los internos clasificados en un grado de tratamiento pueden disfrutar de un régimen de vida diferente al ordinariamente asignado. Con ello se significa que la ruptura de la equivalencia del grado de tratamiento con el correlativo régimen de vida del que disfrute el interno debe interpretarse a un régimen de vida más favorable, en virtud del propio principio de flexibilidad³⁷³.

La Inst. 9/2007 establece que el art. 100.2 no configura uno o varios grados intermedios dentro del sistema de clasificación, grados que vienen tasados en la propia LOGP. Todo penado clasificado, que no haya accedido al de libertad condicional, se encontrará clasificado en uno de los tres grados de clasificación enumerados en el art. 100.1 RP, sin otra restricción de derechos que las contempladas, dentro de ellos, en la Ley y el Reglamento, precisándose para la aplicación de un régimen distinto la existencia de la correspondiente resolución de cambio de grado. Ello no obsta para que la conveniencia de *aplicar un*

³⁷¹ GONZÁLEZ CAMPO, E., *El principio de flexibilidad en la ejecución penal*, Monogr.Fiscalia. org ISSN 2004, pág.26

³⁷² NISTAL BURÓN, J., “Delincuencia habitual y reincidente. El nuevo régimen jurídico de ejecución penal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N° 734/2007

³⁷³ NIETO GARCÍA, A. J., “Breve guía de la actividad reinsertadota de la administración penitenciaria en la ejecución de las penas privativas de libertad”. *Diario La Ley* N° 6987, Secc. Doctrina 11/7/2008, pág. 11

programa concreto de tratamiento adecuado a las características específicas del interno y encaminado a la consecución del fin de reinserción, justifique, al amparo de lo establecido en el art. 71 LOGP, la introducción de determinadas modificaciones regimenterales propias de un grado distinto de clasificación.

En definitiva, el citado precepto supone un avance considerable en cuanto suministra un instrumento nuevo y eficaz para humanizar la ejecución de la pena de prisión y para adaptar su régimen de cumplimiento a la circunstancia individual de cada interno, lo cual puede resultar de extraordinario interés en ciertos casos³⁷⁴.

En la práctica, la aplicación del artículo 100.2 RP ha cuajado en decisiones jurisdiccionales de sumo interés que han permitido una acomodación racional y justa del régimen penitenciario a determinados penados con características singulares mediante la combinación de elementos de grados diversos, particularmente del segundo y tercer grado de clasificación para llevar a cabo:

- Salidas diarias a trabajar³⁷⁵.
- Salidas a realizar estudios o tratamiento psicológico externo³⁷⁶.
- Cuidado de familiares enfermos, mayores, dependientes, etc.
- Por la patología del interno
- Disfrute de permisos y fines de semana, etc³⁷⁷.

³⁷⁴ GONZÁLEZ CAMPO, E., *op. cit.*, pág. 26

³⁷⁵ Auto 900/11, de 11 de abril, Exp. 1659/11. Autoriza salidas diarias a trabajar y salidas todos los fines de semana.

³⁷⁶ Auto 1203/06, de 22 de marzo de 2006, JVP nº 3 de Madrid. Exp. 1062/2004. Autoriza las salidas cuantos días sea necesario para realizar tratamiento de alcohol y también los fines de semana.

³⁷⁷ Auto 370/06, 31 de enero de 2006, JVP nº 3 de Madrid, Exp. 974/2004. Autoriza salidas todos los fines de semana

Como ya hemos señalado, mediante la aplicación al segundo grado penitenciario del régimen de salidas del régimen abierto se puede conseguir una adecuada adaptación del régimen penitenciario a las circunstancias y necesidades del reo, permitiéndole conseguir un restablecimiento progresivo de sus lazos con la realidad exterior, así como acceder a la aplicación profesional de técnicas de intervención en la conducta y personalidad del penado en el mundo exterior al que éste trata de incorporarse, la obtención de un puesto de trabajo o de los contactos precisos con instituciones o grupos que puedan asegurarle la subsistencia en ulteriores estados de ejecución de la pena o en el momento de su excarcelación. El contacto con los recursos sociales externos que se hallen según los casos disponibles también alivia el rigor del régimen penitenciario en aquellos aspectos que puedan resultar obstructivos o contraproducentes para el logro del fin resocializador.

Por último hemos de recordar que art. 71 LOGP sirve de punto de partida de este principio de flexibilidad al supeditar el Régimen al Tratamiento, la consideración de aquel como medio y de este último como fin. Según el art. 71 LOGP *el fin primordial del régimen de los establecimientos de cumplimiento es lograr en los mismos el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento; en consecuencia, las funciones regimentales deben ser consideradas como medios y no como finalidades en si mismas.*

El régimen abierto supone una atenuación de los fines penitenciarios de retención y custodia a favor de la reinserción recogida en el art. 1 de la LOGP como el primordial³⁷⁸. Para

Auto 443/07, de 1 de febrero de 2006, JVP nº 3 Madrid. Autoriza 48 días de permiso y todos los fines de semana.

Auto 592//2006, de 14 de febrero, Exp. 124/06, JVP Madrid nº 4. Autoriza 48 días de permisos y fines de semana alternos.

Auto 703/07, de 14 de febrero, JVP nº 1 Madrid, Exp. 389/2003. Autoriza fines de semana y salidas días festivos.

³⁷⁸ Según el art. 1 de la LOGP “Las Instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción

ello, se desarrollarán programas estructurados de intervención donde se especifican las distintas opciones de tratamiento a realizar, las condiciones de aplicación y las características de los internos susceptibles de beneficiarse de estos efectos terapéuticos³⁷⁹.

5. Características del régimen abierto

El régimen abierto se asienta sobre la ausencia de elementos de sistemas de seguridad y la confianza que se deposita en la autorresponsabilidad del interno³⁸⁰. Las características del mismo son:

-La ausencia de controles rígidos. El principio de confianza aconseja que las medidas de seguridad se flexibilicen.

-La aceptación por parte de los internos de las normas del régimen y el compromiso de respetarlas. Al ingresar, después de informarles de las normas de funcionamiento del centro, firman un “contrato conductual” en que el penado se compromete a cumplir las normas del mismo.

-Se fomenta la capacidad de decisión de los internos. Para tal fin se forma comisiones de internos para realizar propuestas en materia de actividades educativas, culturales, recreativas, deportivas, alimentación, etc.

-Al desarrollarse en un entorno lo más aproximado al de la vida en libertad puede conocerse mejor el comportamiento y la evolución del interno en los actos propios de la vida cotidiana.

-Facilita las relaciones personales y familiares

social de los sentenciados a penas y mediadas penales privativas de libertad, así como *la retención y custodia de detenidos, presos y penados*”.

³⁷⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Coordinador), FERNÁNDEZ GARCÍA, J., PÉREZ CEPEDA, A. I., SANZ MULAS, N. y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Manual...*, op. cit., Salamanca, 2001, pág. 201

³⁸⁰ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Coordinador), FERNÁNDEZ GARCÍA, J., PÉREZ CEPEDA, A. I., SANZ MULAS, N. y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Manual...*, op. cit., Salamanca, 2001, pág. 199

-Bastante económico para el Estado, más que el régimen ordinario y mucho más que el cerrado. Se ahorra dinero en la construcción de los centros en materias de seguridad y vigilancia. También se produce ahorro en materia de gastos sanitarios y de productos farmacéuticos.

-Facilita la posibilidad de la inserción laboral puesto que el penado puede acudir, como cualquier ciudadano, a los servicios comunitarios para la búsqueda de empleo.

El desarrollo normativo del régimen abierto fue potenciado por el Reglamento Penitenciario de 1996, que contempla entre sus objetivos, la apertura de las prisiones a la sociedad apostando por los contactos con el exterior, y, por lo tanto, el régimen abierto. En base a ello su art. 3.3 establece que el principio inspirador del cumplimiento de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad será la consideración de que el interno es un sujeto de derecho y no se halla excluido de la sociedad, sino que continúa formando parte de la misma. En consecuencia, la vida en prisión debe tomar como referencia la vida en libertad, reduciendo al máximo los efectos nocivos del internamiento, favoreciendo los vínculos sociales, la colaboración y participación de las entidades públicas y privadas y el acceso a las prestaciones públicas.

Los principios inspiradores del régimen abierto recogidos en el art. 83.2 RP son la "atenuación de medias de control, autorresponsabilidad del penado, normalización e integración social, evitación de la desestructuración familiar y coordinación con las instancias comunitarias de reinserción".

El art. 81.1 RP define el régimen de los establecimientos abiertos estableciendo que: "será el necesario para lograr una adecuada convivencia normal en toda colectividad civil, fomentando la responsabilidad y siendo norma general la ausencia de controles rígidos que contradigan la confianza que inspira su funcionamiento". El destino a uno de estos centros de régimen abierto dependerá en virtud del art. 81.2 RP de la ejecución del programa de tratamiento individualizado, "tomando en consideración especialmente, las posibilidades de

vinculación familiar del interno y su posible repercusión en el mismo”.

Por tanto, la actividad penitenciaria en régimen abierto tiene como objetivo potenciar la capacidad de reinserción social del interno, para ello, según dispone el art. 83 RP deberán atenuarse las medidas de control, fomentando la autorresponsabilidad y ofreciendo a los internos la posibilidad de participar en la organización de actividades y, en general, adoptando las medidas necesarias para favorecer su integración social.

Los internos podrán salir para desarrollar actividades laborales, formativas, familiares, de tratamiento o de otro tipo destinadas a facilitar su resocialización. Las salidas al exterior estarán en función de las características de los internos, su evolución y el grado de control sobre sus actividades en el exterior (art. 84 RP).

6. Conclusiones

1ª. Podemos definir el régimen abierto como un tipo de vida penitenciaria que se desarrolla en semilibertad en el que se aplican diversos controles a los penados capacitados para vivir en el mismo que se encuentran clasificados en tercer grado o en segundo con la aplicación del principio de flexibilidad del art. 100.2 RP.

2ª. Las ventajas del régimen abierto son muchas pues es el mejor sistema para garantizar la recuperación social, favorece la salud física y mental, mejora la disciplina, facilita las relaciones familiares, es menos oneroso y posibilita la búsqueda de trabajo³⁸¹. La prisión abierta es incomparablemente más humana que la tradicional cárcel cerrada, de ahí que tal institución se multiplica en el presente por toda la geografía penitenciaria mundial³⁸².

³⁸¹ NEUMAN. E., *op. cit.*, pág. 157

³⁸² MAPELLI CAFFARENA, B., *Régimen...*, *op. cit.*, pág. 72

Las diferencias del régimen abierto con respecto al régimen ordinario son:

- No se ejercita respecto a los penados una vigilancia coercitiva sistemática.
- Se permite las salidas del establecimiento por razones de trabajo, contactos familiares, etc.
- Suele ser la antesala de la libertad condicional³⁸³.
- Facilita la búsqueda de empleo.
- Permite la cobertura de la asistencia sanitaria y farmacéutica como cualquier ciudadano libre.
- Supone un mayor ahorro para el Estado tanto en la construcción como el mantenimiento de las prisiones.

3ª. Podemos concluir afirmando que la potenciación del régimen abierto constituye una de las principales vías para conseguir la integración en la sociedad³⁸⁴. En este mismo sentido se pronuncia **Cervelló Donderis** cuando reconoce la clasificación en tercer grado como la modalidad de cumplimiento más humana y clara plataforma hacia una vida alejada del delito que se presenta como un óptimo instrumento de resocialización³⁸⁵. Por tanto, aunque la LOGP contempla las penas privativas de libertad como un “mal necesario”, han de tender como esencial a la reeducación y reinserción social del penado; con objeto de posibilitar ésta esencial finalidad, la pena de prisión se organiza en un orden de progresión de grados, de forma que, pasando por los mismos el penado, en el estado final

³⁸³ BONAL FALGAS, R., "La comunidad y el régimen abierto". *Revista de Estudios Penitenciarios*. Nº 240, 1988, Madrid, pág. 111

³⁸⁴ CORROCHANO, GLORIA, “Los programas de tratamiento en el sistema penitenciario español”, ponencia presentada al *Seminario de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria*, Centro de Estudios Jurídicos. Celebrado los días 27 y 28 de marzo de 2006.

³⁸⁵ CERVELLÓ DONDERIS, V., “La clasificación en tercer grado como instrumento de resocialización” dentro de la obra “*El Juez de vigilancia penitenciaria y el tratamiento penitenciario*”, CGPJ, Madrid, 2006, pág. 165

se encuentre reinsertado -teóricamente- en la sociedad, y no cabe duda que el régimen abierto es el más adecuado para conseguir este objetivo.

B. FUNDAMENTO DEL RÉGIMEN ABIERTO

1. Evolución

La Constitución española había establecido en su art. 25.2 que “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social”. Sin embargo, conforme avanzaba el proceso codificador, desde 1978 a 1995, parecía estar cada vez menos claro qué había de entenderse por “reeducación” o “reinserción social” o cómo debía plasmarse esta “orientación” en el sistema de penas.

La idea central de la resocialización ha de unirse, necesariamente, al postulado de la progresiva humanización y liberalización de la ejecución penitenciaria, de tal manera, que medidas como los permisos de salida y el trabajo en el exterior de los regímenes abiertos, tienen una muy superior eficacia, a los efectos de prevención especial, que un encierro sin imaginación, pues los vínculos familiares, afectivos, laborales y sociales quedan asegurados y se convierten en sólidas ataduras para, en el futuro, alejar a los internos de la delincuencia, rentabilidad social que no es preciso defender con mayores razonamientos³⁸⁶.

Lejos quedaban ya los tiempos en los que reinaba el optimismo resocializador, en los que se confiaba en el efecto beneficioso que podía tener la prisión para el delincuente en el sentido de conseguir, mediante su resocialización que no volviera a cometer delitos tras su puesta en libertad. Pero las penas en general, y sobre todo la pena de prisión, no pueden

³⁸⁶ GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios...*, *op. cit.*, págs. 29-30

garantizar la no reincidencia del condenado. Aún imaginándonos un sistema penitenciario absolutamente perfecto, con prisiones que tuvieran todos los medios posibles, materiales y humanos del mundo, si el expresidiario vuelve a una sociedad imperfecta, y además teniendo en cuenta que las razones por las que se delinque son muchas, variadas y complejas, es imposible garantizar la no recaída en el delito.

En el momento de elaboración del Código penal de 1995, como decíamos, resultaban ya evidentes las grandes limitaciones y las múltiples contradicciones de la idea de resocialización del delincuente. Se le criticaba, por ejemplo, su propia fundamentación teórica, en el sentido de que sigue centrando el problema en el delincuente, al que hay que reeducar, y no en la sociedad que produce la delincuencia o las dificultades de su puesta en práctica en prisión: ¿cómo puede pretenderse la resocializar para la libertad en condiciones de no libertad, en un ambiente separado de la sociedad que se rige por sus propias pautas de comportamiento, calificado de subcultura carcelaria?. Los críticos de la resocialización han manifestado siempre su falta de eficacia, aludiendo a las altas cuotas de reincidencia de quienes habían cumplido penas de prisión . Todo ello, unido al reconocimiento de la realidad de las prisiones y a la falta de medios, determinó la sustitución del utópico ideal de la resocialización por el más modesto, pero más realista y funcional, de la *no desocialización* del penado en prisión En otras palabras, de lo que se trataba era de idear un sistema de sanciones penales que, partiendo de que la prisión no sólo no garantiza la reincidencia sino que incluso a veces la fomenta, tendiera a minimizar sus efectos negativos sobre el penado. En este sentido el Código penal de 1995 pretendía (unas veces con mejor y otras con peor fortuna) conjugar, de un lado, la necesidad de mantener la pena de prisión y, de otro, la conveniencia de evitar en lo posible la desocialización del condenado³⁸⁷.

³⁸⁷ LÓPEZ PEREGRÍN, C., *La pena de prisión en España tras la reformas de 2003 y los fines de la pena*, Universidad de Sevilla, 2004, pág. 2

Por tanto, el concepto de resocialización debe construirse sobre la base normativa que permita el desarrollo de la fase ejecutiva de una pena provocando el menor grado posible de afección psicológica, social y jurídica sobre el sujeto³⁸⁸. Por ello el legislador cuando elaboró la LOGP en 1979 ya sabía que las penas de prisión estaban en crisis y que representaban una contradicción insalvable de difícil solución³⁸⁹, era un “mal necesario” hasta que “pueda ser sustituida por otra de distinta naturaleza” que pueda evitar los males y defectos inherentes a la reclusión. Por tanto el legislador optó por el régimen abierto como paso intermedio entre la prisión cerrada y la abolición de la misma en un futuro incierto.

2. El principio de reinserción social

No puede educarse para la libertad a una persona encerrada entre cuatro paredes, como bien dice **Muñoz Conde**, “es difícil educar para la libertad en condiciones de no libertad”³⁹⁰, además el encerramiento forzoso y prolongado fomenta la creación de una vida artificial (prisionización). El principio de reinserción, también denominado de resocialización, requiere a tribuir al contenido de la ejecución de las sanciones una significación favorecedora de la integración comunitaria del penado. En un Estado democrático el principio de resocialización debe entenderse como un intento de ampliar las posibilidades de participación en la vida social³⁹¹.

³⁸⁸ BOMBIN, GABRIEL, *La judicialización de la ejecución de la pena en la provincia de Buenos Aires: notas sobre un proceso inconcluso*, Universidad del Mar del Plata, 2006.

³⁸⁹ VEGA ALOCÉN, M., *El tercer grado...*, op. cit., pág. 95

³⁹⁰ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal y control social*, Jerez, 1985, págs. 99-100

³⁹¹ SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J., “El Juez en la ejecución de las penas privativas de libertad”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, pág. 8, consultada 15/11/2012

Partiendo de esta situación de la pena de privativa de libertad, el art. 25.2 de la CE establece que las penas estarán orientadas a la rehabilitación y reinserción social, y dentro del mismo se recoge el principio de resocialización³⁹². La reeducación y reinserción social se refiere a la resocialización, formando parte integrante de la finalidad de la prevención especial. Por regla general, para la doctrina penal, la utilización por el constituyente español de los conceptos de reinserción social y reeducación no ha sido muy afortunada, mostrando su preferencia por el término “resocialización”³⁹³. Cuestionar la legitimidad del principio de resocialización sería cuestionar en esencia todo nuestro sistema penitenciario.

La prevención especial se dirige al autor individual de un delito, procurando mediante su reforma, corrección y readaptación social³⁹⁴. Pero la prevención especial –fines de reinserción social del autor del delito – no es la función principal a ser alcanzada por los sistemas de justicia criminal, “sino apenas un efecto posible y esperable, producido por la pena”³⁹⁵. De modo que la formulación de políticas criminales con base en esta teoría, parece dejar sin contenido el núcleo humanístico y emancipador que estaba en la base de la utopía de la reinserción³⁹⁶.

³⁹² CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho...*, op. cit., 3ª Ed., 2012, págs. 39-43

³⁹³ ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Consideraciones...*, op. cit., págs. 51-86.

³⁹⁴ En este sentido se pronuncia QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho Penal. Parte General.*, Pamplona, 2000, págs. 116-132. También en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., op.cit., págs. 87-114.

³⁹⁵ BARATTA, ALESSANDRO, “Integración-Prevención: Una nueva fundamentación de la pena dentro de la Teoría Sistémica”, en *Revista Doctrina Penal*, año 8, nº 29, 1985, pág. 4

³⁹⁶ ROXIN, C., *La evolución de la Política Criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, Valencia, 2000, pág. 70, asume una postura clara en contra al funcionalismo: “no puedo asumir el funcionalismo en la medida en que deja a un lado el pensamiento político-criminal de finalidad racional basado en los principios de un Estado social de Derecho y aparece como un mero sistema teórico carente de contenido”.

De estas políticas de corte manifiestamente retributivo, se ignora por completo, por lo que se refiere a la respuesta penal, los efectos negativos que en la práctica suelen contrarrestar los positivos y que advienen de aquella, puestos en evidencia, considerado el hecho de que “el sistema penal produce altos costos sociales y gravísimos efectos sobre la integración social y la confianza en las instituciones”³⁹⁷.

Por otro lado, hay que resaltar que la validez de la doctrina que reconoce el principio del consenso y de la oportunidad depende de la finalidad que, en el ámbito en que opera el sistema de Justicia criminal, se atribuya a la pena. De modo que, según señala **Conde-Pumpido**, “*si a la pena se le da un puro sentido absoluto de retribución, esto es, de castigo (...), es obvio que a toda acción delictiva debe seguir un proceso y la imposición y la ejecución. Esto es capital en la tesis retributiva de la pena. De ahí que el principio de legalidad sea fundamental en el Derecho Penal Clásico (...)*”. En cambio, si a la pena se le da un sentido relativo de prevención, contemplando la resocialización del delincuente como una de las metas a ser perseguida (art. 25.2 CE), el sistema de Justicia criminal adquiere una nueva dimensión finalista o teleológica³⁹⁸.

Hay un sector de la doctrina, que no está de acuerdo con el discurso del “fracaso de los fines de resocialización”. En

³⁹⁷ Sobre los aspectos negativos que caracterizan el sistema criminal, BARATTA ALESSANDRO, “Integración-Prevención...”, *op. cit.*, págs. 18-19. Pone el acento en los “efectos disgregantes que la pena privativa de libertad produce en el ámbito familiar y social del detenido; en el distanciamiento social generado por la estigmatización penal, que interrumpe o de cualquier modo perjudica el contacto social del estigmatizado con el resto de la sociedad; en la profunda desconfianza producida por la percepción del funcionamiento selectivo y desigual del sistema penal y por las distorsiones que tienen lugar en el uso de sus diversos instrumentos institucionales (un ejemplo muy actual es el de la detención preventiva, que ha dejado de tener una función procesal y ha asumido un carácter punitivo)”..

³⁹⁸ CONDE-PUMPIDO, F. C., “El principio de oportunidad reglada: su posible incorporación al sistema del proceso penal español”, en AA.VV, *La reforma del proceso penal*, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Ministerio de Justicia, 1989, Madrid, pág. 298.

efecto, ello no se ha podido comprobar en la práctica porque los Estados no han puesto los medios para tornar efectivo este objetivo. Al contrario, la experiencia viene demostrando que, pese al declive del Estado social en los países del entorno europeo y el avance del neoliberalismo económico, la incorporación de mecanismos de justicia negociada y de abreviación del procedimiento, con base en criterios de oportunidad, se ha revelado una medida de importancia trascendente en aras a atender los fines de pacificación social y evitar los efectos criminógenos de las penas cortas de libertad.

Desde esta concreta perspectiva, se abren nuevos interrogantes respecto a la definición de los medios más adecuados a alcanzar estos fines preventivos especiales y generales, además de definir el grado de aplicación de estos mecanismos, dada la naturaleza de la violación de la norma penal. Conforme afirma **Roxin**, *“en este elemento social se incluye la exigencia de que el condenado no sea expulsado de la sociedad, sino que conserve la posibilidad de su reintegración social. El Derecho penal tiene, por tanto, una tarea social frente al delincuente y eso significa, frente a una tendencia actualmente muy influyente en Alemania, que la prevención especial socializadora y resocializadora tiene que estar presente en la misma medida que la prevención general”*.³⁹⁹

Se ha considerado con acierto que pretender reeducar por la aplicación de la pena es un despropósito, ya que la cárcel no es el medio menos idóneo, para resocializar, aunque también existen grandes peligros si se abandona totalmente la finalidad resocializadora, originándose una mayor represión y una concepción puramente retributiva. La reinserción entendida como una posibilidad de reincorporación pacífica si puede ser alcanzada. Al penado no se le obliga, se le ofrece la posibilidad, su rechazo no puede dar lugar a consecuencias negativas.

Actualmente, nos encontramos con la contradicción de la crisis de la prisión y con la afirmación de que la pena de prisión es necesaria. La prisión, según muchos, tiene aspectos

³⁹⁹ ROXIN, C., *La evolución...*, op. cit., pág. 33.

negativos, como la destrucción psíquica, el aislamiento, la pérdida de trabajo, etc.; pero a su vez reconocen que no opera otra alternativa lo suficientemente importante como para hacerla desaparecer. Frente al proceso expansionista del derecho penal y de la pena de prisión se han ido abriendo camino algunas políticas reduccionistas que tratan de dar prioridad a la idea de la prevención especial y/o rehabilitación reduciendo el uso de la prisión, haciendo efectivo el principio de que el castigo debe ser “*la ultima ratio*”. Una política reduccionista parte de la premisa de que el Derecho Penal y en particular, la pena de prisión no es el instrumento principal para reducir o contener la criminalidad.

Dentro de esta política reduccionista no cabe duda que el régimen abierto puede desempeñar una función muy importante puesto que se reduce la intervención intimidatoria y retributiva de la pena frente a una mayor concienciación del interno de la obligación de cumplir la pena pero en unas condiciones de mayor dignidad y humanidad, que le pueden permitir llevar una vida cuasinormalizada, viviendo con su familia, trabajando y siguiendo integrado en su medio social, todo ello hace que su rehabilitación sea más probable.

a) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El art. 25.2 CE proclama que “*Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados*”. Se ha llegado a afirmar que la finalidad primordial de las penas y medidas penales privativas de libertad no es otra que la reeducación y reinserción social de los sentenciados. Se confunden así, lamentablemente, los fines de la pena con los del tratamiento penitenciario⁴⁰⁰, que, según el art. 59.1 de la LOGP “*consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y*

⁴⁰⁰ LUZÓN CUESTA, J. M^a., “Reflexiones sobre el cumplimiento de las penas privativas de libertad”. [http://www.rajylmurcia.es/user/ficheros/ponencias/50 .pdf](http://www.rajylmurcia.es/user/ficheros/ponencias/50.pdf) Págs. 23-24. 2/7/2010

reinserción social de los penados”. Pero, incluso aceptando que pueda la reeducación y reinserción social ser uno de los fines de las penas de prisión, no podemos olvidar que el Tribunal Constitucional ha declarado que el art. 25.2 de la CE no establece que “sean la única finalidad legítima de la pena privativa de libertad” (STC. 28/1988, de 23 de febrero, con cita de ATC. 780/1986; lo mismo STC 19/1988, de 16 de febrero y SSTS. 81/1993, de 26 de enero y 625/1999, de 21 abril), sino que “supone un mandato del constituyente al legislador para la orientación de la política penal y penitenciaria” (ATC. 1112/1988, de 10 de octubre), y que “el art. 25.2 de la CE no resuelve sobre la cuestión referida al mayor o menor ajustamiento de los posibles fines de la pena al sistema de valores de la Constitución ni, desde luego, de entre los posibles (prevención especial, retribución, reinserción, etc.) ha optado por una concreta función de la pena” (SSTC 150/1991, de 4 de julio y 120/2000, de 10 de mayo), refiriéndose igualmente a “la función de prevención general, disuasoria y ejemplificadota junto a la retributiva (ASTC. 198 y 199/1995, de 3 de julio); y, en esta misma línea, se insiste en que “la reeducación y la reinserción social de los delincuentes (art. 25.2 CE.) no constituyen los únicos fines lícitos de las penas privativas de libertad, que también persiguen una finalidad de prevención (general y especial)” (STS. 992/2000, de 2 de junio). Así, pues, lo que la Constitución hace es consagrar que la prisión no debe ser una pena inactiva, sino que, durante su cumplimiento, estará *orientada hacia, tenderá a*, la reeducación y reinserción social, que se elevan así, de manera confusa, a la categoría de fin de la pena, coexistente con los demás que su propia naturaleza le asigna, que no quedan subordinados a éste, que, lógicamente, sí quedará supeditado a que sea posible, en cuanto aceptado por el penado, y necesario⁴⁰¹.

El art. 25.2 de la CE 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

⁴⁰¹ LUZÓN CUESTA, J. M^a., *op. cit.*, pág. 25

en la doctrina. Todo ello en base a una doble consideración, en la que recoge un sentir bastante generalizado, al razonar que 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-. Precisamente, en atención a situaciones en que la pena no parece cumplir en su ejecución tales fines resocializadores o reinsertadores, ha tenido el Tribunal Constitucional que precisar que no ha de considerarse contraria a la Constitución “la aplicación de una pena que pudiera no responder exclusivamente a dicho punto de vista” (STC 19/1988, de 16 de febrero, con cita de ATC. 19 de noviembre de 1986), calificando de “premisa totalmente incorrecta” la alegada en un recurso de amparo “de que, cuando en razón de circunstancias de tiempo, lugar o persona, cabe sospechar que una pena privativa de libertad no alcanzará a lograr la reeducación o la reinserción social del penado, se infringe un derecho fundamental de éste” (ATC. 15/1984, de 11 de enero) y afirmando, en definitiva, que “lo que dispone el art.25.2 es que en la dimensión penitenciaria de la pena se siga una orientación encaminada a la reeducación y reinserción social, mas no que a los responsables de un delito, al que se anuda una privación de libertad, se les condone la pena en función de la conducta observada durante el período de libertad provisional” (ATC 486/1985, de 10 de julio).

El art. 25.2 CE, como bien dice la STC 112/1996, de 24 de junio (ponente **Vives Antón**), establece que el principio a la reeducación y reinserción social no constituye un derecho fundamental, lo cual “*no significa que pueda desconocerse el mismo en la aplicación de las leyes y menos aún cuando el legislador ha establecido, cumpliendo el mandato de la*

Constitución, diversos mecanismos e instituciones en la legislación penitenciaria precisamente dirigidos y dirigidas a garantizar dicha orientación resocializadora, o al menos, no desocializadora precisamente facilitando la preparación de la vida en libertad a lo largo del cumplimiento de la condena... ”. Por tanto, el legislador no puede desconocer que la política penal y penitenciaria debe estar orientada hacia la reeducación y reinserción social y por ello debe establecer determinados mecanismos encaminados a garantizar dicha orientación resocializadora, que faciliten la preparación para la vida en libertad, al fortalecer los vínculos familiares y al reducir las tensiones propias del internamiento y las consecuencias de la vida continuada en prisión⁴⁰². Así pues, el modelo resocializador pretende recuperar al delincuente sobre la base de una interpretación positiva orientada hacia la reinserción social, a cuyo fin se dirige toda la organización penitenciaria, a través de la observación, clasificación y tratamiento⁴⁰³.

Quizá, siendo realistas, el objetivo de las prisiones sería ya no resocializar sino aspirar a que las sanciones penales y, especialmente la pena privativa de libertad, no desocialicen más a la persona que queda sometida a ella. La reclusión, en ese entorno anormal que suponen los centros penitenciarios, conlleva habitualmente, entre otros efectos, la ausencia de control sobre la propia vida, estado permanente de ansiedad, ausencia de expectativas de futuro, ausencia de responsabilidad, pérdida de vinculaciones o alteraciones en la afectividad estamos ante un medio de carácter esencialmente antiterapéutico, enormemente desequilibrador y estresante. El denominado efecto de prisionización, concebido como la habituación del recluso a una serie de usos y costumbres propios del entorno carcelario, parece integrar todas estas consecuencias principalmente perjudiciales para la salud mental del recluso.

⁴⁰² En este sentido se pronuncia la STC 109/2000, de 5 de mayo.

⁴⁰³ JAÉN VALLEJO, M., *Suspensión y libertad condicional: dos formas de inexecución de la pena privativa de libertad*, VII Encuentro de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano, Bogotá, 2003, pág. 3.

El Tribunal Constitucional ha ido reduciendo el derecho a la reinserción social al interpretar el art. 25.2 CE, apuntado hacia una interpretación más *light*, como “principio orientación genérico”, negando cualquier consideración de entenderlo como algo más concreto generador de derechos subjetivos. Pero sólo razones estrictamente resocializadoras, regidas por el principio de oportunidad (delito cometido muchos años atrás, rehabilitación de drogodependencias, etc.), pueden permitir que un condenado una larga pena de prisión pueda desde el primer día de cumplimiento, al menos teóricamente, salir a trabajar o a seguir tratamiento en la calle.

Según recoge el Tribunal Constitucional en sus Autos 28/1988 y 15/1984: “La reinserción no se formula en sí misma como un derecho auténtico del penado, que además resulta de imposible cumplimiento en muchos casos, sino como un principio orientador de las penas, del que únicamente se deriva, como la propia doctrina señala, *una obligación general del Estado de promover condiciones favorables a la adaptación social del penado*”.

Por tanto, el Tribunal Constitucional ha plasmado en su jurisprudencia que el art. 25. CE no establece que la reeducación y la reinserción social sea la única finalidad legítima de la pena de privación de libertad, sino que es un mandato del constituyente al legislador para la orientación de la política penal y penitenciaria del que no se deriva derecho subjetivo y menos aún de carácter fundamental susceptible de amparo⁴⁰⁴.

Sin embargo, el Tribunal Supremo ha ido más lejos, desmarcándose de las interpretaciones del Tribunal

⁴⁰⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (Coordinador), PÉREZ CEPEDA, A. I., ZÚÑIGA PÉREZ, L., SANZ MULAS, N., FERNÁNDEZ GARCÍA, J., *Lecciones...*, *op. cit.*, pág. 63. En el mismo sentido se pronuncia CARMENA CASTRILLO, M., “El Juez de Vigilancia Penitenciaria y la Ejecución de las penas”, *Cuadernos de Derecho Judicial, Derecho Penitenciario*, pág. 111. Tribunal Constitucional sentencia de 23 de febrero de 1998, Ponente Francisco Tomás y Vives.

Constitucional en esta materia⁴⁰⁵, alejándose de esa interpretación limitativa de derechos como la única posible. Según señaló la STS 1 de junio de 1990: “el art. 25.2 CE superpone los criterios de legalidad, reinserción y resocialización a cualquier otra finalidad de la pena y sería absurdo renunciar a la consecución de estos fines cuando no existe un obstáculo legal, expreso y taxativo, que se oponga a la adopción de medidas accesorias... La voluntad explícita del legislador constitucional nos dice que la respuesta adecuada del sistema punitivo o sancionador tienen que ajustarse a criterios de proporcionalidad, racionalidad, individualización y resocialización...”.

Como también indica la STS de 20 de abril de 1999: “La orientación de las penas a la reinserción y reeducación ya entendida como principio inspirador de la política penitenciaria, ya como derecho que actúa en la fase de ejecución de la pena, supone que el ordenamiento jurídico debe prever unas instituciones que tengan en cuenta que el interno debe reinsertarse en la sociedad, por lo que debe ser “preparado” para ella (grados de cumplimiento, permisos, etc.) y que debe atender a las deficiencias educacionales que, precisamente, inciden en su actuar delictivo, lo que satisfaría la reinserción”.

Por tanto, existe un deber prestacional por parte de la Administración Penitenciaria de asegurar los medios previstos en el ordenamiento jurídico para llenar de contenido la orientación reinsertadota de las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad (tratamiento individualizado, progresiones de grados, permisos de salida, etc.). Consiguientemente, correlativo a ese deber prestacional se deriva el correspondiente derecho, normativamente reglado, a tratamiento, permisos, progresión de grado, etc., cuyo ordinario otorgamiento debe ser la norma, y su restricción, siempre motivada, la excepción.

⁴⁰⁵ Auto del Tribunal Constitucional 15/1984, de 11 de enero, que señala que la reeducación o la reinserción social el penado no constituye un derecho fundamental sino “un mandato al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos”.

En definitiva, existe el derecho a recibir de la Administración Penitenciaria los medios tratamentales personalizados con el fin de nivelar las asimetrías sociales que el condenado eventualmente pudiera haber padecido y a disfrutar de los *institutos jurídicos abiertos* por la legislación para asegurar la integración social. Este deber de la Administración Penitenciaria es correlativo al impuesto genéricamente a todos los poderes públicos por el art. 9.2 de la CE que les obliga a promover los obstáculos legales para que la libertad y la igualdad de las personas y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas. Consiguientemente, puede concluirse que existe el derecho a la reinserción social de los penados.

En comparación con las cifras de otros países con sistemas punitivos diferentes, dado que el Derecho penal español no ha abordado hasta fechas muy recientes el reto de las penas alternativas a la prisión y que las primeras experiencias de aplicación de las mismas revelan un escaso éxito, lo cual puede explicar que se haya propiciado una tendencia expansiva en la aplicación de la prisión abierta y otros mecanismos penitenciarios que modifican la ejecución en sentido atenuatorio⁴⁰⁶.

3. El principio de humanidad

El desarrollo social de los sistemas penitenciarios de nuestro entorno cultural ha dado lugar a la presencia del ideal resocializador como filosofía movilizadora de la ejecución penitenciaria que conlleva la atenuación de los posibles daños que origina la prisión para reducir los efectos de la

⁴⁰⁶ TAMARIT SUMALLA, J. M^a, GARCÍA ALBERO, R., RODRÍGUEZ PUERTA M^a. J. y SAPENA GRAU, F., *op. cit.*, 2^a Ed., Valencia, 2005, pág. 277

prisionización⁴⁰⁷; por tanto esta forma de ejecución conectada con una mayor humanización de las instituciones carcelarias⁴⁰⁸.

En una sociedad democrática, centrada en el valor de la persona, resulta plenamente coherente colocar, al lado de los tradicionales postulados de necesidad, legalidad, culpabilidad y de sus correspondientes corolarios, el principio de humanidad⁴⁰⁹, un principio menos estudiado, pero, sin lugar a dudas, “no menos importante”⁴¹⁰ que aquéllos. Conforme al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos las penas privativas de libertad han de aplicarse “humanamente y con el respeto debido a la dignidad” (apdo.1) y el régimen penitenciario debe consistir “en un tratamiento cuya finalidad esencial sea la reforma y la readaptación social de los penados” (apdo.3).

En línea con el Pacto internacional de derechos civiles y políticos (y, en España, con la propia Constitución), corolario del principio de humanidad ha de ser la orientación resocializadora de la pena privativa de libertad, cuanto menos en su aspecto ejecutivo.

Ahora bien, hemos de ser conscientes de que el aseguramiento de la resocialización es muy difícil pero corresponde a la Administración Penitenciaria esforzarse en procurar la atenuación o reducción del contenido estigmatizador y separador propio de toda decisión de internamiento en prisión, aprovechando el periodo de ejecución penitenciaria para tratar de abrir oportunidades a la participación del interno en el sistema social: sin perjuicio de posibles intervenciones

⁴⁰⁷ CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho...*, 3ª Ed., 2012, pág. 42

⁴⁰⁸ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Coordinador), PÉREZ CEPEDA, A. I., ZÚÑIGA PÉREZ, SANZ MULAS, N., L., FERNÁNDEZ GARCÍA, J., *Lecciones...*, *op. cit.*, pág. 153

⁴⁰⁹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Actualidad del discurso ilustrado: el principio de humanidad”. Lección de ingreso en la Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País. 8/2/2011, pág. 5

⁴¹⁰ BERISTAIN, SAPIÑA, A., *Nueva Criminología desde el Derecho Penal y la Victimología*, Valencia, 1994, pág. 14.

terapéuticas, vías privilegiadas de lo anterior son la aproximación de la vida de dentro a la de fuera, el fomento de la comunicación del preso con el exterior y la facilitación de la incorporación progresiva del penado a la vida en libertad⁴¹¹. En suma, y frente al permanente riesgo de conversión de los establecimientos en meros aparcamientos de seres humanos, el entendimiento democrático del ideal resocializador obliga, en primer término, al compromiso con la humanización del universo prisional, presupuesto de cualquier labor resocializadora⁴¹².

Está demostrado que la estancia en prisión provoca en la persona un importante deterioro y la lleva a la desadaptación social en lugar de la resocialización que en teoría pretendemos⁴¹³, para evitar esta situación es necesario dar cumplimiento a lo que la doctrina ha dado en llamar el “principio de atenuación y compensación” y el “principio de *nihil nocere*”⁴¹⁴, es decir, que se fomente el contacto con el exterior, así como la instauración de regímenes que reduzcan la desocialización.

Por otra parte, los familiares de los sujetos privados de libertad soportan un carga económica grande. El preso recibe dinero de sus familias, familias que al tener a un miembro en prisión, suelen contar con menos recursos económicos y por tanto hacen un sobreesfuerzo para hacer más llevadera la vida del penado. Si el condenado pudiera compatibilizar su vida con un trabajo se paliaría esta situación gravosa para las familias.

⁴¹¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., “Actualidad del...”, *op. cit.*, pág. 14

⁴¹² KAUFMAN, H., *Principios para la reforma de la ejecución pena*, Buenos Aires, 1977, pág. 47.

⁴¹³ VALVERDE MOLINA, J., *La cárcel y sus consecuencias. Intervención en la conducta desadaptada*, Madrid, 1997, pág. 24

⁴¹⁴ ASÚA BATARRITA, A., *Régimen abierto en las prisiones*, Bilbao, 1992, pág. 36

No hay que olvidar tampoco la situación moral de las familias. Los familiares de los presos viven una “condena diferente”, la que les hace desplazarse todas las semanas para ver a través de los locutorios generales a su ser querido durante cuarenta minutos y en el mejor de los casos, disfrutar de un vis a vis. Normalmente, el tiempo utilizado en el desplazamiento al Centro penitenciario, que suele estar muy alejado de la ciudad, supera con creces el tiempo que pueden disfrutar de la persona a la que quieren.

La realidad nos indica que cuanto más tiempo está un interno en una prisión ordinaria es mayor la probabilidad de reincidencia en el delito, y que esta probabilidad aumenta todavía mucho más cuando ha estado ingresado en régimen cerrado, por tanto se trataría de reducir la estancia en prisiones de régimen ordinario o cerrado y potenciar el uso de las prisiones abiertas, facilitando con ello la no desocialización y dando mayores opciones de reinserción social.

Así pues, conocidos los efectos desocializadores de las penas privativas de libertad en términos de ruptura de los lazos sociales de referencia, se debe evitar la ruptura de estos vínculos a partir del ingreso en prisión, fomentando las salidas y los contactos con el exterior para evitar la desocialización propia del encierro carcelario, estableciendo las condiciones de vida en prisión de modo que se equiparen lo más posible a la sociedad (*principio de atenuación*)⁴¹⁵ y contrarresten las consecuencias dañinas de la privación de libertad (*principio nil nocere*), puesto que el sistema penitenciario actual fomenta la estigmatización y desocialización del condenado⁴¹⁶. La naturaleza de la prisión como “institución total” acaba imponiendo su propia lógica, según la cual el individuo tiene que adaptarse a un medio diferente del mundo exterior, hecho

⁴¹⁵ MAPELLI CAFFARENA, B., *Presupuestos de una política penitenciaria progresista*, en “*Privaciones de libertad y derechos humanos*, Barcelona, 1986, págs. 191-210

⁴¹⁶ QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Pamplona, 2000, pág. 102

que a menudo supone una auténtica desocialización respecto del medio al que después tendrá que volver⁴¹⁷, por ello no deberá ser aislado del contexto social⁴¹⁸. Así pues, se debe tratar de evitar causar al penado más daño que el derivado de su privación de libertad⁴¹⁹.

Las penas y, especialmente, la pena de prisión, son las intervenciones estatales más duras sobre los derechos fundamentales. Por ello, los límites han de ser especialmente rigurosos y son establecidos en textos tanto nacionales como internacionales que tienen su referencia última en el respeto de la dignidad humana.

En una sociedad democrática, centrada en el valor de la persona, se ha de dar gran importancia al principio de humanidad en el cumplimiento de las penas, y este principio se manifiesta, en particular, en la orientación resocializadora de las mismas. La Administración Penitenciaria ha de procurar reducir el contenido estigmatizador y separador propio de toda decisión de internamiento tras los muros de una prisión, así como aprovechar la ejecución para abrir oportunidades de superación de la desocialización⁴²⁰, asimilando en lo posible la vida de dentro a la de fuera, fomentado la comunicación de penado con el exterior y facilitando la progresiva incorporación del mismo a la vida en libertad.

La resocialización parte de que el modelo de resocialización penitenciaria no puede ser muy distante del

⁴¹⁷ TAMARIT SUMALLA, J. M^a, GARCÍA ALBERO, R., RODRÍGUEZ PUERTA M^a J. y SAPENA GRAU, F., *Curso...*, *op. cit.*, 2^a Ed., Valencia, pág. 33

⁴¹⁸ STC 112/1996, de 24 de junio: “*el legislador ha establecido, cumpliendo el mandato de la Constitución, diversos mecanismos e instituciones en la legislación penitenciaria dirigidos y dirigidas a garantizar dicha orientación resocializadora, o al menos, no desocializadora precisamente facilitando la preparación de la vida en libertad a lo largo del cumplimiento de la condena.*”

⁴¹⁹ STS, Sala 2^a, de 28 de diciembre de 1998 (FJ 2^o)

⁴²⁰ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal y...*, *op. cit.*, 89 y ss.

modelo de socialización de los demás ciudadanos, sustentado constitucionalmente en el respeto y disfrute de los derechos fundamentales y el desarrollo integral de la personalidad.⁴²¹

La resocialización se convierte así en el objetivo de la intervención penitenciaria en su conjunto⁴²². El régimen penitenciario también debe ser resocializador⁴²³. Frente al riesgo de la conversión de los establecimientos en meros depósitos de seres humanos, que el abandono del ideal resocializador claramente conlleva, esto obliga a la institución penitenciaria a comprometerse, manera decidida y en primer lugar con la humanización de la prisión, presupuesto ineludible de cualquier labor resocializadora⁴²⁴.

La necesaria orientación resocializadora de la pena privativa de libertad obliga a un esfuerzo especial en la búsqueda de alternativas válidas de ejecución atenuada de la misma: arrestos domiciliarios, semilibertad, tratamiento intermedio, semidetención y libertad controlada, arresto fin de semana...⁴²⁵.

El ideario de la resocialización ha permitido legitimar muchas instituciones que mitigan la dureza de la privación de libertad y, especialmente, ha permitido prever situaciones de semilibertad que, en última instancia, redundan en el principio de humanidad de las penas. Y, en segundo lugar, con independencia de la valoración que merece como principio, los

⁴²¹ BUENO ARÚS, F., “A propósito de la resocialización del delincuente”, *Cuadernos de Política Criminal*, N° 25, 1985, pág. 65 y ss.

⁴²² DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., “La resocialización. Objetivo de la intervención penitenciaria”, *Papers d’estudis i formació*, N° 12, 1993, págs. 9 y ss.

⁴²³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. “Reflexiones acerca de la relación entre régimen penitenciario y resocialización”, *Eguzkilore*, N° extraordinario 2, 1989, págs. 59-63

⁴²⁴ KAUFMAN, H., *op. cit.*, pág. 47

⁴²⁵ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “El principio de humanidad en Derecho Penal”, *Eguzkilore.*, N° 23, 2009, pág. 223

poderes públicos están obligados a evitar todas las situaciones que perjudiquen a este objetivo. En concreto, están obligados a contrarrestar los efectos desocializadores de la privación de libertad: la no desocialización es el contenido mínimo de la idea de reinserción social⁴²⁶. Por tanto, no cabe duda que el régimen abierto es el más adecuado para evitar la desocialización y potenciar la resocialización de los penados. El problema que frecuentemente aparece es que las penas que no implican privación de libertad (suspensiones, sustituciones, etc.) son calificadas de “impunidad”. Igualmente, ocurre con el régimen abierto y la libertad condicional. En resumen, parece que nada más la prisión tradicional y retributiva sigue siendo auténtica punición, sin embargo, está claro que tanto el régimen abierto como la libertad condicional son períodos de cumplimiento de las penas privativas de libertad, y que además la resocialización se produce de forma más adecuada desde el régimen abierto y la libertad condicional que desde la prisión cerrada.

En definitiva la idea de resocialización también ha permitido fundamentar instituciones penales y penitenciarias que suponen renuncias a la retribución en beneficio de situaciones que reducen los efectos desocializadores de la prisión. Las instituciones de semilibertad que permiten la incorporación progresiva a la sociedad, en definitiva, humanizan la pena de prisión⁴²⁷.

Como hemos visto el art. 25.2 CE ha venido sufriendo una constante reinterpretación ya que si bien en un principio se le dotó de un significado limitado a la recuperación del condenado durante la ejecución de la pena de prisión, pasó a proyectarse sobre la prisión para la mejora de las condiciones penitenciarias. No puede haber penas privativas de libertad que por su duración o modo de cumplimiento impidan u obstaculicen de modo significativo la reeducación y reinserción

⁴²⁶ GARCÍA ÁRAN, M., “L’Execució penitenciària en una societat canvianr: cap a un nou model”, Congrés Penitenciari sobre *La funció social de la política penitenciària*, Barcelona. Marc/ Abril 2006, pág. 71

⁴²⁷ GARCÍA ARÁN, M., *La ejecución...*, op. cit., pág. 79

social del condenado, es decir, se trataría no tanto de conseguir la reinserción social sino de no impedirla. En este sentido la evolución del contenido del art. 25.2 CE ha provocado el desplazamiento desde la vocación de educar para la libertad, hacia el intento de procurar que la estancia en prisión no empeore las perspectivas resocializadoras del sujeto evitando los efectos nocivos; en resumen: de la resocialización se ha llegado a la no desocialización⁴²⁸.

Por tanto, el 25 de la CE no sólo recoge el principio de resocialización sino también el de humanidad, que proscribe la imposición de sanciones inútiles, cuando no claramente perjudiciales para el condenado o inspiradas en un simple fin de castigo⁴²⁹. El principio de resocialización, que está muy íntimamente ligado al de humanización⁴³⁰, debe impregnar y orientar cualquier política penitenciaria que se adopte. Las consecuencias del principio de humanidad, en línea con el art. 10.3 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (en España, con el art. 25.2 de la Constitución), se acepta ampliamente, como corolario del principio de humanidad, la orientación resocializadora de la pena privativa de libertad, cuanto menos en su aspecto ejecutivo.

El art. 15 CE declara el derecho de todos “a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

El principio de humanidad de las penas, no sólo se asienta en la prohibición internacional de tratos inhumanos y degradantes, sino que tiene expresa declaración en el artículo 15 CE que repite dicha prohibición. Es un principio que va más allá

⁴²⁸ CERVELLÓ DONDERIS, V., *El sentido actual del principio constitucional de reeducación...*, págs. 217-233

⁴²⁹ CÓRDOBA RODA, J., “La pena y sus fines en la Constitución” en *La reforma del Derecho penal*, Bellatera, 1980. Pág. 153.

⁴³⁰ GARRIDO GUZMÁN, L., *En torno a...*, *op. cit.*, pág. 209

de la exigencia de unas condiciones penitenciarias respetuosas con la dignidad humana⁴³¹.

Un entendimiento cabal del principio de humanidad no puede quedarse en la mera proscripción de los tratos crueles, inhumanos y degradantes, prohibidos internacionalmente (y, en España, por el art. 15 CE). Las consecuencias del principio de humanidad para la vida penitenciaria no se agotan en la prohibición de tratamientos inhumanos o degradantes en prisión. Por el contrario, en línea con el art. 10.3 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (y, en España, con el art. 25.2 de la Constitución), se acepta ampliamente, como corolario del principio de humanidad, la orientación resocializadora de la pena privativa de libertad, cuanto menos en su aspecto ejecutivo⁴³².

Si el principio de humanidad obliga a la corresponsabilización social con el delincuente –el cual no deja de formar parte de la sociedad–, la institución penitenciaria ha de procurar, en primer término, reducir el contenido estigmatizador y separador propio de toda decisión de internamiento tras los muros de una prisión, así como aprovechar la ejecución para abrir oportunidades de superación de la desocialización⁴³³, asimilando en lo posible la vida de dentro a la de fuera, fomentando la comunicación del preso con el exterior y facilitando la progresiva incorporación del penado a la vida en libertad.

Cuando el constituyente ordena al legislador que encamine la ley penal y penitenciaria hacia el fin de la reeducación del delincuente está exigiendo que la política criminal nunca olvide el *fin humanitario* que toda pena, pese su indudable contenido aflictivo, debe tener, pero no autoriza la volatilización de dicho sentido aflictivo. En el ordenamiento

⁴³¹ GARCÍA ARÁN, M., *L'Execució...*, *op. cit.*, págs. 285 y ss.

⁴³² DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “El principio de humanidad...”, *op. cit.*, págs. 209-225

⁴³³ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal y...*, *op.cit.*, págs. 89 ss.

penitenciario la propuesta programática del fin resocializador de la pena se realiza, en el plano teórico al menos, mediante un método de actuación sobre el reo basado en la aplicación de un tratamiento penitenciario individualizado y dinámico que se inspira en técnicas de observación, análisis e intervención propias de la Ciencias de la conducta⁴³⁴.

Frente a las múltiples propuestas de entendimiento del ideal resocializador, esta configuración democrática de la resocialización parte de que el modelo de resocialización penitenciaria no puede ser muy distante del modelo de socialización de los demás ciudadanos, sustentado constitucionalmente en el respeto y disfrute de los derechos fundamentales y el desarrollo integral de la personalidad⁴³⁵.

La resocialización se convierte así en un objetivo de la intervención penitenciaria en su conjunto⁴³⁶ y no meramente en la meta de las intervenciones terapéuticas. El régimen penitenciario también ha de ser resocializador⁴³⁷. Frente al riesgo de conversión de los establecimientos en meros depósitos de seres humanos, que el abandono del ideal resocializador puede conllevar, esto obliga a la institución penitenciaria a comprometerse, de manera decidida y en primer lugar, con la humanización de la prisión, presupuesto ineludible de cualquier labor resocializadora⁴³⁸.

Partiendo de la realidad existente en el mundo de las prisiones, tanto por los efectos nocivos del internamiento en un establecimiento penitenciario como por la saturación que sufren

⁴³⁴ GONZÁLEZ CAMPO, E., *op. cit.*, pág. 3

⁴³⁵ BUENO ARÚS, F., “A propósito de...”, *op. cit.*, pág. 65 y ss.

⁴³⁶ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. “La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria”, *Papers d’estudis i formació*, Nº 12, 1993, págs. 9 y ss.

⁴³⁷ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., “Reflexiones...”, *op. cit.*, págs. 59-63.

⁴³⁸ KAUFMAN, H., *Principios para la reforma de la ejecución penal*, Buenos Aires, 1977, pág. 47.

las prisiones, se hace cada vez más evidente la necesidad de potenciar un sistema de medidas penales alternativas a la prisión. Se pretende con ellas evitar los efectos desocializadores que implican las penas privativas de libertad, y hacer, de alguna manera, que la persona condenada puede reparar el daño causado a la sociedad desde ésta misma. Las últimas regulaciones legislativas han dado un importante impulso, por un lado, a un sistema penal cada vez más rico en alternativas a la pena de prisión, y por otro lado a un sistema de su cumplimiento más abierto y socializador. Con ello se quiere alcanzar la finalidad social de la incorporación progresiva del penado a la sociedad, sin detrimento de la seguridad de la población general, ya que se dota de sentido al tratamiento a seguir en coordinación con recursos sociales, jurídicos y psicológicos de la comunidad.

El régimen abierto está fundamentado en la filosofía de las penas alternativas a la prisión y en el ideal de la resocialización⁴³⁹. Este fundamento del régimen abierto, tanto en el contexto de la LOGP, como en el marco constitucional, va más allá de la simple suavización de penas para los condenados, cuya integración social tras la condena no es problemática. Con la progresividad y el regreso anticipado de prisión se procura un efecto moderador de la nocividad de la prisión, porque cuanto más prolongado es el encierro más difícil resulta la reinserción del individuo, pero también se procura de esa forma estimular al sujeto a construir un proyecto de vida al margen del delito y atender sus necesidades de educación y capacitación, entre otros aspectos y siempre bajo su voluntario acuerdo. Por otro lado, está científicamente demostrado⁴⁴⁰ que la reinserción anticipada del individuo a la comunidad, disminuye el porcentaje de reincidencia y por lo tanto, este factor es un aspecto fundamental para la defensa de la flexibilidad de la sanción penal y los beneficios penitenciarios.

⁴³⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Coordinador), PÉREZ CEPEDA, A. I., ZÚÑIGA PÉREZ, SANZ MULAS, N., L., FERNÁNDEZ GARCÍA, J., *Lecciones...*, *op. cit.*, pág. 172

⁴⁴⁰ REDONDO ILLESCAS, S., FUNES ATIAGA, J. y LUQUE REINA, M^a. E., *Justicia penal y reincidencia*, Barcelona, 1994, págs. 15-180.

La Exposición de Motivos de la LO 7/2003 de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, en su apartado II recoge que *“la flexibilidad en el cumplimiento de la penas y beneficios penitenciarios tienen su razón de ser en el fin de la reinserción social y reeducación social del delincuente, constitucionalmente consagrado..”*. Pero curiosamente, como veremos en otro capítulo, será esta misma ley la que más ataque este principio de flexibilidad en la ejecución de la pena privativa de libertad.

La LO 5/2010, de 22 de junio, dentro de los principios inspiradores de la reforma del Código Penal viene establecer una mayor flexibilización en la concesión del tercer grado penitenciario sin necesidad del cumplimiento de la mitad de la condena, salvo en determinados supuestos, con la finalidad de garantizar la resocialización del penado. Por tanto con esta última ley se insiste en la finalidad resocializadora de la pena de prisión mediante la potenciación del régimen abierto.

4. El principio de igualdad

Este principio, en su origen, surge como parte del diseño político necesario para abolir los privilegios del antiguo régimen conforme al planteamiento del ideal ilustrado de que todas las personas son (formalmente) iguales ante la ley. Con posterioridad, la constatación de las manifiestas desigualdades existenciales entre los sujetos demostrará el carácter encubridor (de la desigualdad) que el principio asume en su formulación inicial y exigirá la evolución del mismo hacia un modelo relacional que permita al legislador el tratamiento diferenciado de aquellos sujetos que se encuentran en supuestos de hecho diferentes. De este modo el derecho constitucional contemporáneo extiende el contenido del principio de igualdad hacia un aspecto sustancial que exige el reconocimiento de las diferencias existenciales entre los sujetos como presupuesto para que las regulaciones (legislación) o decisiones de autoridad tengan legitimidad constitucional.

Hoy en día es indiscutido que en determinados ámbitos el legislador (no sólo) puede (sino que debe) establecer diferencias de trato, pero como lo establece la jurisprudencia constitucional e internacional uniformemente, la regulación de las diferencias debe estar justificada racionalmente. De ahí entonces que, en la actualidad, el problema de la compatibilidad o incompatibilidad que las regulaciones diferenciadas pueden presentar con el principio de igualdad, se resuelve a partir de la existencia o no de una justificación razonable que explique la diferencia de trato. Por tanto la violación al principio de igualdad se podrá dar tanto en los casos que implican un tratamiento desigual, sin razón que lo permita, como en aquellos en que se da un tratamiento igual, existiendo una razón que lo impide.

El principio de igualdad resulta hoy en día consustancial al modelo de Estado de Derecho como es el nuestro (art.1 CE). En nuestra legislación el principio de igualdad está recogido en el art. 14 CE supone una limitación al poder normativo penal del Estado, pues no es posible la creación de leyes que no sean generales, es decir, dirigidas a todos los ciudadanos, y que contemplen a los iguales como tales y otorguen un tratamiento diferente a los desiguales. El principio de igualdad no supone otorgar a todos un trato uniforme, sino no discriminatorio. Y la no discriminación no es otra cosa que la justificación del trato desigual⁴⁴¹. Este razonamiento hace que sea posible, en determinadas situaciones, llevar a cabo un tratamiento penitenciario desigual entre personas, aunque hayan cometido el mismo delito y tengan impuesta la misma pena, considerando sus desigualdades personales (enfermedad mental, consumo de drogas...), sociales (contar con apoyo familiar, tener un puesto de trabajo...), económicos (carecer de recursos económicos para satisfacer la responsabilidad civil derivada del delitos o al contrario tenerlos y no hacer frente a la misma), etc.

Un argumento contra el principio de flexibilización de la pena de prisión es que en la práctica los criterios con que se

⁴⁴¹ CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Valencia, 1996, pág. 103

otorgan los beneficios penitenciarios reflejan el carácter discriminatorio y clasista del Derecho penal, porque normalmente el que carece de apoyo familiar, laboral, educación o recursos económicos no recibe los beneficios, lo tiene más difícil para alcanzar los beneficios, pero la crítica tampoco consideramos que sea motivo suficiente como para modificar la naturaleza de estos beneficios porque el inconveniente no está en la institución de la libertad condicional, el tercer grado o los permisos de salida sino en los criterios en base a los que se resuelven.

Según **Ferrajoli** la severidad en la imposición de penas y la indulgencia en su ejecución resultan una “*esquizofrenia*” y una especie de hipocresía institucional que responde a funciones no declaradas de la pena y resta eficacia disuasoria a la sanción. Parece que este autor cae en el error de considerar que con los beneficios penitenciarios entendidos en sentido amplio (régimen abierto, libertad condicional, etc.) cesa la privación de libertad, cuando en realidad son solo una modalidad distinta para su cumplimiento⁴⁴². Para este autor la oposición a la finalidad resocializadora y a la flexibilidad de la pena se fundamenta, por un lado, en que a través de esos mecanismos el sujeto podría verse obligado a modificar su personalidad para regresar con anticipación de la prisión⁴⁴³. Por esta razón opta por suprimir esos beneficios o al menos la dinámica de como funcionan. De esta manera por defender a ultranza una de las dimensiones de la libertad (la libre determinación de la personalidad), restringe las posibilidades del sujeto de disfrutar de un mayor grado de la libertad ambulatoria a través del cumplimiento de la sanción bajo una modalidad abierta. Es cierto que la libre

⁴⁴² Sobre la falsa premisa de que los beneficios penitenciarios no constituyen una forma de cumplimiento de la sanción privativa de libertad, GARCÍA ALBERO, R. y TAMARIT SUMALLA, J. M^a, *op. cit.*, pág. 35. GARCÍA ARÁN, M., “La ejecución penitenciaria en una sociedad cambiante: hacia un nuevo modelo”. *En La ley penal. Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Nº 30, 2006, pág. 5-14.

⁴⁴³ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, Madrid, 2005, págs. 263-267.

autodeterminación de la personalidad es un postulado fundamental del Estado de Derecho, pero esa dimensión de la libertad no resulta coartada por la existencia de un sistema de flexibilidad de la ejecución de la pena aplicada conforme a disposiciones legales adecuadas y comprendida la resocialización no como modificación de la personalidad sino como el deber del Estado de ofrecer al condenado procesos de integración que le permitan a la persona privada de libertad, de manera voluntaria, construir un proyecto de vida sin delitos.

Lo que sí tiene derecho el sujeto es a conocer con certeza la fecha a partir de la cual no puede extenderse más su reclusión pero eso no impide que pueda pasar antes a cumplir la sanción bajo una modalidad distinta, menos restrictiva y aflictiva. La seguridad jurídica, las penas ciertas y determinadas, el acceso a la justicia, y el principio de humanidad de las penas, no permiten una interpretación que lleve a renunciar a la esperanza de una reincorporación social anticipada solo por asegurar con total certeza el regreso de prisión. Nada obsta para establecerle un plazo máximo de privación de libertad y brindarle un abanico de posibles beneficios de tal forma que tenga conocimiento de los momentos en que su pena será objeto de análisis y evaluación, así como de las expectativas al respecto y de las vías de impugnación en caso de disconformidad. El principio pro libertad no permite renunciar a la esperanza ni a la posibilidad de reducir la prisión a lo meramente necesario. Esto es así aún bajo el supuesto de que se renuncie a las finalidades de prevención especial positiva, porque la finalidad de prevención del delito y de penas crueles, desproporcionadas y arbitrarias no es incompatible con anticipar el regreso del privado de libertad, bajo un régimen abierto, cuando se demuestre que la persona es capaz de desenvolverse de manera adecuada bajo esa modalidad. Por tanto, el principio de humanidad en la ejecución de la pena privativa de libertad permite que se reduzca la nocividad de la misma por medio de contactos con el exterior, como es el caso del régimen abierto.

Suprimir la flexibilidad de la sanción en función de una mayor certeza de las expectativas del penado, asegurar su libertad interior y bienestar personal, en definitiva significa

coartar las posibilidades del sujeto de disfrutar de una modalidad de pena menos restrictiva de su libertad ambulatoria y del mayor y hasta pleno disfrute de otros derechos que bajo encierro normalmente también se ven limitados. La posición de **Ferrajoli** viene a ser una defensa de la libertad que coarta espacios de libertad, porque ésta no solo exige la certeza de expectativas y la capacidad de autodeterminación de la persona⁴⁴⁴ (la posibilidad de obrar sin coacciones que no se amparen en justa causa⁴⁴⁵) sino que también abarca el libre desplazamiento y movimiento – la única dimensión de la libertad que coarta legítimamente la sanción privativa de libertad.⁴⁴⁶

En todo caso, la flexibilidad de la pena no es coactiva y el penado tiene la posibilidad de optar por rechazarla –como por ejemplo hacen muchas veces miembros de grupos terroristas que se consideran presos políticos⁴⁴⁷-- y esperar “*serenamente y con tranquilidad*” su regreso en la fecha correspondiente sin participar del tratamiento penitenciario propuesto.

Tampoco compartimos la propuesta de **Ferrajoli** de que los beneficios penitenciarios funcionen de forma automática o de pleno derecho para de esa forma prescindir de cualquier

⁴⁴⁴ FERRAJOLI, L., *op. cit.*, págs. 263-267.

⁴⁴⁵ A estos efectos, sobre el concepto de libertad y sus dimensiones, CESANO, JOSÉ DANIEL. “Derechos fundamentales de los condenados a penas privativas de libertad y restricciones legales y reglamentarias: en búsqueda de los límites del legislador y de la administración”, en <http://www.eldial.com.ar/>, consultado el 14 /2/ 2009.

⁴⁴⁶ POSADA, JUAN DAVID, “La ejecución de la pena privativa de la libertad como parte inseparable del proceso penal”, en *Nuevo foro penal*, N° 64, Tercera época, 2003, pág. 124. Las otras restricciones a las que hace referencia el art. 25.2 de la Constitución Española (el sentido de la pena y la ley penitenciaria), en realidad hacen referencia a las limitaciones inherentes a la propia privación de libertad.

⁴⁴⁷ Por ejemplo en España hasta el 2003 la organización terrorista ETA no optaba por los beneficios penitenciarios, al respecto, LLOBET ANGEL, M., “La ficticia realidad modificada por la ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas y sus perversas consecuencias”, en *Revista In Dret*, /2007. pág. 8, disponible en www.indret.com., consultada 12/6/2012

valoración sobre la personalidad del sujeto y sus circunstancias más allá que las del hecho delictivo⁴⁴⁸. Una medida de ese tipo podría atentar contra la misma finalidad de la pena, pues los procesos de liberación anticipada se justifican desde la perspectiva resocializadora, siempre que al mismo tiempo no haya mayor riesgo de continuación de la actividad delictiva. En todo caso, aunque se procediera como lo sugiere el autor, siempre se terminará realizando las valoraciones que pretende evitar, sobre todo en el supuesto de la denuncia del incumplimiento de las condiciones o prohibiciones que de ordinario se imponen al sujeto cuando se otorgan los beneficios legales y penitenciarios. Este autor dentro de las críticas al sistema penal cuestiona la existencia de centros penitenciarios con diferente grado de contención por quebrantar el carácter igualitario de la pena, objeción que no consideramos oportuna. Es cierto que es importante fiscalizar a la autoridad penitenciaria cuando define la ubicación del sujeto, pero la clasificación penitenciaria es parte importante para el control y la atención técnica de la población penal, sobre todo ante las diferentes condiciones criminológicas de los sujetos que conviven en la cárcel y esa clasificación justifica la diversidad de centros penitenciarios.

La diversidad de centros para la atención de la población penal y la separación por categorías de la población penal, facilita los procesos de atención, permite un mejor uso de recursos –económicos y profesional humano- y constituye un instrumento valioso en la dinámica del régimen penitenciario y la progresividad del individuo. La separación por categorías incluso desde 1955 es recomendada en las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos – número 8-. La ubicación del interno o interna se determina no potestativamente sino de conformidad con lo que establezca una ley penitenciaria y con el debido control judicial.

Por todas estas razones consideramos que la propuesta de suprimir la flexibilización de la sanción penal no es acertada y

⁴⁴⁸ FERRAJOLI, L, *Derecho y razón...*, *op. cit.*, pág. 406

que lo que se necesita es regular adecuadamente los amplios poderes discrecionales que existen a la hora de resolver los beneficios, asegurar el contradictorio, incrementar las facultades del Juez de Vigilancia Penitenciaria y asegurar la vigencia del principio de legalidad⁴⁴⁹ y el control judicial en la ejecución penal. Como apunta **Cesano**: *“La única forma, a nuestro ver, de aspirar a un efectivo respeto al trato humano en prisión, será la de construir un ‘espacio de garantías’, cuyos marcos centrales estén dados por la legalidad ejecutiva y el control jurisdiccional permanente. Para que el ámbito de la discrecionalidad administrativa no termine por aplastar a quienes se encuentran en prisión es necesario fortalecer una arquitectura jurídica que levante sus cimientos sobre estos dos pilares.”*⁴⁵⁰

5. Conclusiones

1ª. Como medio nuclear de reinserción social el tratamiento penitenciario tiene como uno de sus principales objetivos el potenciar los contactos con el exterior para evitar la nocividad de la prisión, sirviéndose para ello la legislación penitenciaria de una serie de medios entre los que destacan los permisos de salida, el régimen abierto o la libertad condicional⁴⁵¹.

2ª. El Derecho penitenciario ha evolucionado, pasando de buscar la inocuización del individuo como respuesta al fenómeno delictivo (separarle del resto de la sociedad por considerarle peligroso) a tratar de que progresivamente vuelva a

⁴⁴⁹ Sobre la importancia de la vigencia del principio de legalidad en la ejecución penal para asegurar el respeto de los derechos de los reclusos y garantizar la certeza punitiva, MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Barcelona, 1983, pág. 150.

⁴⁵⁰ CASANO, JOSÉ DANIEL, “Legalidad y control judicial. Construcción de garantías para lograr un ‘trato humano’ en prisión. Reflexiones a partir de la realidad carcelaria argentina”, *Boletín mexicano de derechos comparados*, Nº 118, 2007, págs. 27-28

⁴⁵¹ CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho...*, op. cit., 1ª Ed., 2001, págs. 217-233

la sociedad, se reincorpore a ella. De esta manera, tienen cabida mecanismos legales como los permisos de salida, el tercer grado o la libertad condicional; nacen así los programas de tratamiento con los que se persigue que el interno aproveche su estancia en prisión para ir atajando ciertos problemas concretos relacionados con su actividad delictiva (drogas, malos tratos...) para preparar su salida en libertad. Constitucionalmente este fin tiene su reflejo en el art. 25.2: "...penas orientadas a la reeducación y reinserción social." Se ha optado por esta vía puesto que se considera más eficaz para prevenir y dar respuesta a la delincuencia⁴⁵².

3ª. Actualmente existe cierto consenso en atribuir al concepto de resocialización un *contenido humanizador*, que se concreta en prevenir y minimizar los efectos desocializadores que comporta la ejecución de la pena privativa de libertad. Gran parte de la doctrina española ve en el art. 25.2 CE un desarrollo del principio de humanidad⁴⁵³ en la ejecución de las penas, una concreción del principio de humanidad en el ámbito penitenciario, que implica que el penado no es un ser eliminado de la sociedad sino una persona que continua formando parte de la misma, incluso como miembro activo, si bien sometido a un particular régimen jurídico, motivado por el comportamiento antisocial de aquél y encaminado a preparar su vuelta a la vida libre en las mejores condiciones para ejercitar socialmente su libertad⁴⁵⁴. De manera que la preparación del regreso a la

⁴⁵² SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, A., "Inmigrantes cumpliendo condena: un recorrido real por un tratamiento inventado", *Diario La Ley*. Nº 7616, 26/4/2011

⁴⁵³ El principio de humanidad se encuentra recogido en el art. 10.1 de la CE que establece la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y los derechos de los demás como fundamento del orden político y de la paz social. Este principio también encuentra su desarrollo en el art. 15 de la CE, que prescribe las penas y los tratos inhumanos o degradantes.

⁴⁵⁴ Así consta en la exposición de Motivos de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

sociedad con normalidad de la persona condenada a pena privativa de libertad es el objetivo de la resocialización.

4ª. El régimen abierto tiene su base fundamental en el art. 25.2 puesto que este tipo de vida penitenciaria es el que mejor facilita la orientación reeducadora y reinsertadora de las penas (principio de prevención especial) y permite que la ejecución penitenciaria esté presidido por el principio de humanidad.

5ª. Podemos concluir ratificando que la Constitución garantiza el principio de igualdad ante la ley (art. 14), y que nuestra legislación cuenta con suficientes garantías jurídicas para hacer que este principio se cumpla respecto a la ejecución penitenciaria y, por tanto, en lo que se refiere a la aplicación del régimen abierto sin ningún tipo de discriminación ni desigualdad.

C. NATURALEZA DEL RÉGIMEN ABIERTO

En nuestro sistema penitenciario se pretende la adaptación progresiva del condenado a la vida en libertad. En este sentido el régimen abierto supone la concesión de una mayor libertad que se decide, una vez analizado el caso concreto, cuando se tiene cierta garantía de éxito en el uso de ese margen de confianza y una perspectiva razonable de no utilización indebida del mismo en relación a la comisión de nuevos delitos o al quebrantamiento de condena.

La necesaria orientación resocializadora de la pena privativa de libertad obliga a un esfuerzo especial en la búsqueda de alternativas válidas para las penas cortas de prisión o, en su caso, al desarrollo de sistemas y mecanismos de ejecución atenuada de la misma (arrestos domiciliarios, semilibertad, tratamiento intermedio, semidetención y libertad controlada, arresto de fin de semana...)⁴⁵⁵. En esta línea no está

⁴⁵⁵ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., “El principio de humanidad...”, *op. cit.*, págs. 209-225

claro si el régimen abierto o prisión abierta debe ser considerado como pena privativa de libertad o como pena alternativa a la prisión.

1. Beneficio penitenciario

En el ámbito del derecho penitenciario comparado el término beneficios penitenciarios integra todas aquellas medidas que supongan una mejora en la calidad de la vida del recluso y suelen incluir las recompensas, o incluso los permisos de salida, pero en el ordenamiento penal y penitenciario español, únicamente responde *strictu sensu* a tal *nomen iuris* aquellas medidas que, con la finalidad de la consecución de la reinserción social, supongan un acortamiento de la condena o del tiempo efectivo de internamiento (art. 2002 y ss. RP). En concreto, son beneficios penitenciarios la institución a extinguir de la redención de penas por el trabajo (art. 100 CP 1973), el indulto particular (art. 206 RP) y el adelantamiento de la libertad condicional (arts. 91 CP y 205 RP) en sus dos modalidades, ordinaria y cualificada que permite adelantar la salida condicional a los 2/3 de la condena cumplida o incluso antes. Tienen la consideración de derechos subjetivos cuya efectividad dependerá del cumplimiento de los requisitos legales y exigen de la aprobación por parte del JVP⁴⁵⁶.

Como hemos visto en los artículos 202 al 206 del RP están regulados los beneficios penitenciarios que son aquellas medidas que permiten la reducción de la duración de la condena impuesta o la del tiempo efectivo de internamiento, se establecen como tales el adelantamiento de la libertad (art. 205) y el indulto particular (art. 206). Además de éstos hemos de indicar la redención de penas por el trabajo reguladas en el art. 100 del CP de 1973 y que se sigue aplicando a los condenados durante la vigencia de dicho código, es decir los que delinquieron hasta el 15 de mayo de 1996.

⁴⁵⁶ SANZ DELGADO, E., *Regresar antes...*, op. cit., pág. 147

Nuestro Estado de Derecho establece en el art. 25.2 CE la tarea de procurar en los establecimientos penitenciarios la reeducación y reinserción social. Por tanto el penado debe tener acceso a los mecanismos penitenciarios que procuren su resocialización. Estos mecanismos, que el legislador ha establecido desarrollando la Constitución, se recogen en el ordenamiento penitenciario pero sin que el régimen de permisos, clasificación, etc., participen de la *naturaleza de concesión graciosa*, sino como actividad administrativa penitenciaria y judicial controlable y sujeta al ordenamiento jurídico⁴⁵⁷.

Por tanto, en ninguna normativa se establece que el régimen abierto sea un beneficio penitenciario y, además, este tipo de vida no supone la reducción de la condena que seguirá siendo la misma.

Como bien dice la Inst. 9/2007, que regula el régimen abierto, este tipo de vida *no es un beneficio penitenciario*, sino es una modalidad ordinaria de cumplimiento de condena. El fundamento del régimen abierto, va más allá de la simple suavización de penas. Este régimen se configura como un medio importante de apoyo a la socialización de aquellos sujetos, que, en su trayectoria vital, cuentan con una *autorresponsabilidad suficiente* que justifique la ausencia de controles rígidos en el cumplimiento de sus condenas. En consecuencia, no debe ser concebido como el proceso final de la intervención penitenciaria para aquellos internos ya adaptados socialmente, sino como el marco desde el que conseguir, más eficazmente, una intervención comunitaria que potencie las posibilidades de reintegración social. Dado que el régimen abierto supone una forma de cumplimiento mucho más próxima al contexto social del interno, es prioritaria la labor de favorecer la inserción en dicho contexto. Por tanto las expectativas y la *necesidad de tratamiento en medio comunitario* es un criterio relevante para destinar a los penados al mismo.

Los permisos de salida, así como el tercer grado o la libertad condicional, son instituciones propias del régimen

⁴⁵⁷ STS, Sala 2ª, de 28 de diciembre de 1998

común con un fin reinsertador, participan del mundo libre, pero no suponen beneficios penitenciarios *strictu sensu*. Si bien parte de la doctrina⁴⁵⁸ y alguna jurisprudencia, han seguido la posición ya clásica de **Bueno Arús**, que entiende la libertad condicional como un beneficio penitenciario, pero es más adecuada la postura de **Téllez Aguilera**, que señala que “ha sido voluntad del legislador deslindar los beneficios penitenciarios tanto de la libertad condicional como de otros institutos (permisos de salida, régimen abierto...), que reducen el tiempo de “internamiento” en una prisión “cerrada”⁴⁵⁹. El régimen abierto es en esencia una forma de cumplimiento de la pena y no una medida alternativa a la pena, ya que no se desprende ni desde el punto de vista normativo ni práctico de la pena privativa de libertad.

⁴⁵⁸ BUENO ARÚS, F., “Derechos de los internos” en VVAA. *Comentarios a la legislación penal. Ley Orgánica General Penitenciaria*. Tomo VI, Vol. I, Madrid, 1986, pág. 75. En el mismo sentido se pronuncia FERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Beneficios penitenciarios” en *Manual de Derecho Penitenciario*. Salamanca, 2000, pág. 379 y GALLEGO DÍAZ, M., “Acerca de la naturaleza jurídica del adelantamiento de la libertad condicional”. En *Revista de Estudios Penitenciarios*, Extra 2006. Homenaje al Profesor Bueno Arús. 2006. Pág. 92

⁴⁵⁹ TÉLLEZ AGUILERA, A., *Seguridad y Disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*, Madrid, 1998. pág. 68. En el mismo sentido RODRÍGUEZ ALONSO, A., *Lecciones de...*, 3ª Ed., Granada, 2003, pág. 340 y RENART GARCÍA, F., *La libertad condicional...*, *op. cit.*, pág. 73

2. Alternativa a la prisión cerrada⁴⁶⁰

España pese a ser uno de los países con el menor número de condenas penales y con uno de los índices más bajos de criminalidad de Europa, arroja el mayor número de tiempo de permanencia en prisión y el más alto de población reclusa (161 presos por cada 100.000 habitantes) junto con el Reino Unido

⁴⁶⁰ Estos datos con mayor detalle en el artículo de TAMARIT SUMALLA, J. M^a, “Sistema de sanciones y política criminal”. Un estudio de Derecho comparado europeo *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*”, 30/8/2007. En el mismo sentido de crítica del uso excesivo de la prisión por parte del sistema punitivo español, así como por la largas duraciones de las condenas CID MOLINE, J., “El sistema penitenciario en España”, *Jueces para la Democracia*. Nº 45, 2002, pág. 26: España ya tiene la tasa de reclusos más alta de Europa, 157 por cada 100.000 habitantes, tras superar a Gran Bretaña que estaba en 152, la tercera posición la ocupa Holanda, con 126 reclusos, seguida de Austria y Portugal con 105, mientras que los países con menor población presa son Dinamarca con 67, seguido de Italia con 75, Suecia con 79 y Alemania con 88. Francia tiene una tasa de 91 por 10.000 habitantes. La media en Europa está en 100. Más amplio BECERRA MUÑOZ, J., “Las prisiones españolas, vistas desde Europa. Un análisis comparado”, *Revista de Derecho y Criminología*, 3^a Época, Nº 7, enero 2012, págs. 381-406. En el *Diario La Vanguardia*, 15/4/2009 DOPICO GÓMEZ-ALLER mantiene que España encabeza el ranking de dureza penitenciaria de Europa Occidental. Con 74.465 presos (161 por cada 100.000 habitantes). En 1990 nuestras prisiones albergaban 33.035 personas. En 2009 hemos alcanzado la cifra de 74.465 personas. En dos décadas hemos duplicado nuestra población penitenciaria. ¿Se debe al crecimiento demográfico? No: también en términos relativos se ha duplicado la proporción de población total que está encarcelada (de 89 a 161 presos por cada 100.000 habitantes). ¿Ha tenido lugar quizá un desatado incremento de la delincuencia? No: con la cautela que requieren los datos a los que podemos acceder, nuestras cifras de delincuencia evolucionan en términos similares a los de nuestro entorno. Algunos delitos han descendido notablemente, otros han aumentado, pero nada explica esta multiplicación de las cifras penitenciarias. ¿Es efecto del aumento de la población inmigrante, como con frecuencia se intenta hacer creer? Aunque la presencia dentro de la población inmigrante de personas sin arraigo personal, laboral ni familiar ha hallado reflejo en las cifras penitenciarias recientes, ello sólo puede explicar una fracción menor de este brutal aumento. Entonces, ¿por qué se ha duplicado la población penitenciaria?. Ello se debe en parte al aumento de la duración nominal de las penas, y en parte a la desaparición de la "redención de penas por el trabajo", que reducía automáticamente las penas en 1/3 de su duración.

(150 presos), la tasa media de población penitenciaria de los Estados de la Unión Europea es de 136,8 reclusos (antes de la ampliación hacia el Este), si bien la pena de prisión es la que más se impone en España.

El ingreso en prisión cerrada supone que el individuo tiene que adaptarse a un medio diferente al mundo exterior, hecho que a menudo supone una auténtica desocialización respecto al medio al que después tendrá que volver⁴⁶¹. El ambiente de la cárcel por su dominante orientación disciplinaria y represiva no es el más apropiado para facilitar la resocialización hasta el punto de ser generalmente reconocido que la prisión estigmatiza y desocializa⁴⁶²; esto en gran parte es debido a que rigen una serie de valores muy diferentes a los de la vida en libertad, que entorpecen el aprendizaje de vivir en sociedad y que favorecen la consolidación de la carrera criminal por el aprendizaje con otros delincuentes, y además produce una mayor prisionización.

La privación de libertad no es idónea para alcanzar sus finalidades, básicamente por el alto factor criminógeno de la cárcel. Debe plantearse una nueva estrategia de reforma del Derecho penal y procurar, aunque sea a largo plazo, la supresión integral de las penas privativas de libertad y mientras tanto, al menos la reducción de su desocialización, sobre todo, porque la cárcel no se limita a privar al sujeto de su libertad, sino que mantiene aún mucho de aflicción física. A ese sufrimiento se añade la aflicción psicológica que se genera a punta de soledad, aislamiento, disciplina, pérdida de sociabilidad, afectividad y hasta de la propia identidad, unido a una pretensión reeducativa y a tratamientos que de una u otra forma procuran plegar y hasta transformar a la persona del preso. Por tanto, como dice **Mapelli Caffarena**: “*Cualquier transformación de los contenidos de la*

⁴⁶¹ TAMARIT SUMALLA, J. M^a, GARCÍA ALBERO, R., RODRÍGUEZ PUERTA M^a J. y SAPENA GRAU, F., *Curso...*, *op. cit.*, 1^a Ed., pág. 25, 1996; 2^a Ed., Valencia, 2005, pág. 46

⁴⁶² MAPELLI, CAFFARENA, B., *Principios...*, *op. cit.*, Barcelona, 1983, pág. 95

pena requiere además una redefinición teórica y normativa de las privaciones de bienes o derechos compatibles con la salvaguardia de la dignidad de la persona. Puede ser útil, a tal fin, partir del recogimiento de la naturaleza antieducativa y criminógena de la pena carcelaria. Si exigimos de la pena una función, ya que no educativa, cuando menos no deseducativa ni criminógena, entonces será necesario reducirla, redimensionándola o redefiniendo legalmente sus contenidos alternativos: no esperando alterarla en la fase ejecutiva, sino modificando su duración y calidad en la fase legislativa y judicial... Si pensamos que la reclusión es por sí una aflicción inhumana y excesiva y que en la mayor parte de los casos no es necesario hacerla cumplir, siendo suficiente, supongamos, el arresto domiciliario, la residencia obligada o la semilibertad, es justo que también esto se traduzca en la transformación de las penas legales: a través de la previsión legal de la reclusión sólo para pocos casos, gravísimos delitos y por un tiempo máximo determinado, por ejemplo, los primeros tres años; y la previsión, tras esos tres años primeros, y desde el comienzo para los demás delitos, de penas legales correspondientes a las actuales medidas alternativas, como la semilibertad, el arresto de fin de semana, los arrestos domiciliarios y otras semejantes.”⁴⁶³

La opinión común es que la privación tiene en sí misma un efecto contrario al resocializador, en parte por lo que necesariamente implica de alejamiento de la vida social ordinaria y en parte por ese riesgo de contagio criminal que algunos expresan calificando a la cárcel de “universidad del delito”. Pero llama la atención como muestra de la escasa confianza que suscita la resocialización del reo mediante la pena de prisión, que la sociedad en general la demanda como la principal forma de ejecución de la pena.

El sistema progresivo en la ejecución de las penas de prisión se esfuerza en dar a la pena de prisión un sentido

⁴⁶³ MAPELLI, CAFFARENA, B., *Principios...*, op.cit., Barcelona, 1983, pág. 410.

reformador, de modo que el trabajo y la buena conducta fueran disminuyendo la intensidad de la sanción, hasta adelantar el licenciamiento definitivo. Aunque con las naturales variantes, el esquema común ofrece una serie de grados que comienzan con el de mayor dureza y terminan con la semilibertad y la libertad condicionada. Por tanto el régimen abierto es una forma de cumplimiento de la pena privativa de libertad alternativo al régimen cerrado y al ordinario.

El art. 1 de la LOGP conecta con el art. 25.2 CE, si bien acentúe un poco más lo que era mera orientación. En el párrafo 1.º del art. 1, de su Título Preliminar, puede leerse que las Instituciones penitenciarias *“tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas de seguridad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados”*, fórmula que se repite en el art. 1 Reglamento Penitenciario de 1981 y en el art. 2 Reglamento de 1996. Lo que era “orientación” se convierte en “fin primordial”, si bien tímidamente —“así como”— parezca reconocerse igual importancia a la retención y custodia.

Piedra angular nuestro sistema es el tratamiento penitenciario que según el art. 59 LOGP *“consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados. El tratamiento pretende hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley Penal, así como de subvenir a sus necesidades. A tal fin, se procurará, en la medida de lo posible, desarrollar en ellos una actitud de respeto a sí mismos y de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general”*.

El art. 71.1 LOGP subordina las funciones regimentales al tratamiento: *“El fin primordial del régimen de los establecimientos de cumplimiento es lograr en los mismos el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento; en consecuencia, las funciones regimentales deben ser consideradas como medios y no como finalidades en sí mismas.”*

Por su parte el art. 72.4 LOGP refuerza la prevalencia del tratamiento y de sus efectos sobre cualquier otra consideración: *“En ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión.”*

Por último, es necesario tener en cuenta la forma en que había de cumplirse la pena. En este sentido, se aceptaba en nuestro ordenamiento un sistema de individualización científica. Según este sistema, la pena de prisión establecida por el juez en la sentencia puede cumplirse en España en diferentes regímenes, que abarcan desde un internamiento cerrado muy estricto, con muy escasos contactos con el exterior, hasta la libertad condicional, lo que habrá de decidirse *en función de las circunstancias del caso concreto*. En efecto, una vez que el condenado entra en prisión lo importante no es ya la gravedad de la conducta realizada que lo es, sino también otros factores como son la personalidad, el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, la duración de la pena impuesta, el medio al que retornará y las facilidades o dificultades para el buen éxito del tratamiento. En función de estos criterios, desde el primer momento el penado es clasificado en primer grado (régimen cerrado), segundo grado (régimen ordinario) o tercer grado (régimen abierto), clasificación que puede variar a lo largo de su estancia en prisión atendiendo a la conducta y a la evolución (positiva o negativa) del preso. Una vez en tercer grado, si se dan determinados requisitos el sujeto puede obtener la libertad condicional cuando ha cumplido una parte de la pena de prisión (tres cuartas partes como regla general, aunque excepcionalmente puede concederse antes). Ello supone *cumplir el último tramo de la pena* en libertad.

Con este sistema de cumplimiento se pretende una adaptación progresiva del condenado a la vida en libertad. En este sentido, la progresión a tercer grado y la obtención de la libertad condicional suponen la concesión de más amplios espacios de libertad que se deciden, una vez analizado el caso concreto, cuando se tiene una cierta garantía de éxito en el uso de ese margen de confianza y una perspectiva razonable de no utilización indebida del mismo en relación a la comisión de

nuevos delitos o al quebrantamiento de la condena. Los datos vienen a confirmar que la flexibilización de la pena privativa de libertad (régimen abierto, libertad condicional, etc.) previene la reincidencia en el delito, y, por tanto, cumple, en el caso de muchos penados, la finalidad de reeducación y reinserción social recogida en el art. 25.2 de nuestra Constitución.

3. Forma de cumplimiento de la pena de prisión

La ejecución penitenciaria respecto al tercer grado y del régimen abierto, parece orientarse, entre otras, a la atenuación de los daños que origina la prisión y a humanizar la ejecución de la pena privativa de libertad.

En verdad, como bien dicen **Cid Moliné** y **Larrauri Piojan**, son formas atenuadas de pena de prisión⁴⁶⁴, pero al fin y al cabo es una privación de libertad “no puede sostenerse ni que el tercer grado de tratamiento no sea cumplimiento de la pena privativa de libertad, ni que la clasificación inicial prevista reglamentariamente signifique modificar la penalidad impuesta en la sentencia firme”⁴⁶⁵, lo cierto es que el interno de este grado va a disfrutar del régimen abierto, caracterizado fundamentalmente, por una atenuación de las medidas de control y por una potenciación de la capacidad de inserción social.

La resocialización debe tender a la humanización y atenuación de los posibles daños que origina la prisión para reducir los efectos de la prisionización. De todo ello se deduce que toda política resocializadora ha de ir dirigida a fomentar como medida preparatoria para la libertad el máximo contacto con el exterior por ser el medio más eficaz para facilitar la

⁴⁶⁴ CID MOLINE, J. y LARRAURI PIOJOA, E., *Penas alternativas a la prisión*, Barcelona, 1997, pág. 14 y ss.

⁴⁶⁵ Así se manifiesta la Audiencia Provincial de Barcelona, mediante Auto de fecha 5/5/1998.

excarcelación⁴⁶⁶ y la inserción social sin recaída en el delito. Se trata de atenuar la nocividad de la prisión, con una actuación dirigida a que la misma no perjudique a los internos, no los separe de la sociedad y reproduzca lo más posible la sociedad libre⁴⁶⁷. Por tanto, el mandato constitucional del art. 25.2 CE a los poderes públicos es que debe tratarse de neutralizar los efectos desocializadores inherentes a la privación de libertad⁴⁶⁸.

La ejecución de la pena privativa de libertad tiene un sentido primordialmente preventivo-especial. Los diversos mecanismos de flexibilización previstos en el Código Penal y en la legislación penitenciaria modulan la pena teórica, tanto con respecto a la forma de cumplimiento como a su duración efectiva, de acuerdo a las exigencias de prevención especial⁴⁶⁹.

Para **Muñoz Conde** la resocialización es más un *desideratum* que una realidad⁴⁷⁰. Ello no obstante, el ideal de la resocialización no ha caído en el olvido y debe ser reconducido hacia un enfoque más realista, y aquí es donde puede tener una gran importancia el uso de la prisión abierta que puede frenar la desocialización, y por tanto ayudar a la resocialización legal (vivir sin delinquir).

El principio de reinserción social tiene como finalidad que durante el tiempo que el penado permanece en prisión se debe intentar que siga manteniendo los vínculos con su entorno

⁴⁶⁶ CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho...*, *op. cit.*, 1ª Ed., 2001, pág. 50; 2ª Ed., 2006, págs. 35-36

⁴⁶⁷ CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho...*, *op. cit.*, 1ª Ed., 2001, pág. 50; 2ª Ed., 2006, pág. 37

⁴⁶⁸ TAMARIT SUMALLA, J. M^a, GARCÍA ALBERO, R., RODRÍGUEZ PUERTA M^a J. y SAPENA GRAU, F., *op. cit.*, 1ª Ed., Barcelona, 1996 pág. 25; 2ª Ed., Valencia, 2005, pág. 48

⁴⁶⁹ TAMARIT SUMALLA, J. M^a, GARCÍA ALBERO, R., RODRÍGUEZ PUERTA M^a J. y SAPENA GRAU, F., *op. cit.*, 1ª Ed., Barcelona, pág. 26; y 2ª Ed., Valencia, 2005, pág. 49

⁴⁷⁰ MUÑOZ CONDE, F., “La resocialización del delincuente: análisis y crítica de un mito” en el *Libro homenaje a Antón Oncea*, Salamanca, 1982, págs. 387 y ss.

social, por lo que los poderes públicos, la Administración Penitenciaria, debe potenciar al máximo los contactos con el mundo exterior, favoreciendo el “contacto activo recluso-comunidad”⁴⁷¹. La legislación penitenciaria arbitra una serie de medidas que van a cooperar en la consecución de la reinserción social, entre las que hay que mencionar los permisos de salida, el régimen abierto y la libertad condicional. La Administración Penitenciaria realiza este ofrecimiento de opciones y posibilidades para que el sujeto pueda determinar por sí mismo su posición ante las normas y valores sociales, y no cabe duda que donde mayormente se potencian estas opciones es en el régimen abierto, en el que el penado va a desarrollar sus acciones sociolaborales en el exterior, además en este reencuentro con la calle no se deja al interno abandonado a su suerte sino que se le trata de inculcar una adecuada inserción social, formándole y ayudándole en la búsqueda de un trabajo si es necesario. De hecho, estas son unas de las principales funciones que se realizan en los centros de inserción social de toda España.

Las críticas que el concepto de reinserción social ha recibido estriban en la paradoja que supone educar para la libertad en un medio de no libertad y de coacción. Se dice que la reinserción social no vendrá nunca separando al hombre de la sociedad con muros, zanjas, rejas, etc. No cabe duda que con el régimen abierto caen los muros y las rejas, puesto que el interno está en contacto permanente con su medio familiar, social y laboral.

Otro objetivo resocializador, como fin práctico e inmediato, es evitar la desocialización puesto que la pena de prisión conlleva efectos negativos inherentes al encierro. Por tanto, se trata de atenuar la desocialización lo más posible, y para conseguirlo no cabe duda que el régimen abierto es un gran antídoto ante los perjuicios que del encarcelamiento puedan derivarse. Por lo que durante la ejecución de la pena se debe

⁴⁷¹ RÍOS MARTÍN, J. C., “Cárcel, realidad versus legalidad”, *Tapia* Nº 82, 1995, pág. 78

evitar que el interno rompa las relaciones con el mundo exterior para lo cual es fundamental fomentar el contacto del recluso con el mundo exterior. **Baratta** denuncia los efectos disgregantes que la pena privativa de libertad produce en el ámbito familiar y social del penado: en el distanciamiento social generado por la estigmatización penal, que interrumpe o de cualquier modo perjudica el contacto social del estigmatizado con el resto de la sociedad; en la profunda desconfianza producida por la percepción del funcionamiento selectivo y desigual del sistema penal y por las distorsiones que tiene lugar en el uso de sus diversos instrumentos⁴⁷².

Desde de la segunda mitad del siglo XIX asistimos a un proceso de búsqueda e invención de alternativas a la institución carcelaria que ha provocado que la mayoría de los sistemas penales actuales se incluyan instituciones destinadas a evitar el ingreso en prisión de condenados a penas de escasa gravedad o a permitir la excarcelación con anterioridad al agotamiento completo de la duración de la pena⁴⁷³, y a tal fin, son instrumentos fundamentales los permisos de salida, el régimen abierto y la libertad condicional.

La STC 120/2000, de 10 de mayo señala: “El art. 25.2 CE contiene un mandato al legislador y a la Administración Penitenciaria para orientar la ejecución de las penas privativas de libertad... el mandato que establece opera como parámetro de ponderación en el marco de un sistema del que son piezas claves instituciones como la condena o remisión condicional, las formas sustitutivas de prisión, o por último, los distintos regímenes de cumplimiento de la pena de prisión”.

Con la resocialización se pretende acercar al penado a la sociedad, a la que en su día se integre con normalidad. El fin de la resocialización es suavizar la institucionalización (prisionización) que suponen las penas privativas de libertad. El

⁴⁷² BARATTA, ALEXANDRO, Integración-prevención..., *op. cit.*, pág. 22

⁴⁷³ SANDALÓ, JOSÉ IGNACIO, “Penas, prisión y resocialización”, *Diario La Opinión*, A Coruña, 2/1/2011

fin de la reinserción social persigue disminuir el aislamiento social de las penas privativas de libertad⁴⁷⁴. Esta razón legitimadora parte de la premisa de que cualquier pena que suponga la institucionalización es desocializadora, por tanto durante la ejecución la pena privativa de libertad se debe tratar que la desocialización sea lo menor posible, y para ello es conveniente que el penado tenga el mayor contacto posible con el exterior mediante instituciones como los permisos de salida, regímenes abiertos y libertad condicional. Pero resocializar no significa dejar al penado en libertad, sino que se trata de ayudarlo a incorporarse a una vida en libertad sin delitos.

La prisión abierta tiene como justificación principal el ser un instrumento que puede disminuir los efectos desocializadores que conlleva la privación de libertad, puede ser entendida, incluso, como una pena alternativa a la prisión cerrada, además evita la deshumanización de este tipo de encierro y proporciona mecanismos que facilitan la integración social para que la reincorporación social sea lo más normalizada posible.

La resocialización pretende que las personas penadas adquieran, consoliden, o no pierdan, las capacidades personales necesarias para vivir en sociedad al margen de la actividad criminal. El fin resocializador intenta evitar la deshumanización que puede suponer la estancia en una prisión cerrada, así como el aislamiento social y la deshumanización de las penas privativas de libertad.

La prisión abierta puede ser entendida como una alternativa total a la prisión cerrada, produciéndose el ingreso del penado directamente en aquella, o como un “transito” de la cerrada a la vida en sociedad. En cierta forma viene a ser como un *medio de prueba* para comprobar como evoluciona el penado en un régimen de semilibertad, un periodo de adaptación a la vida en libertad, que facilita el retorno normalizado a la sociedad, es decir, como ayuda a la resocialización.

⁴⁷⁴ MAPELLI, CAFFARENA, B., *op. cit.*, pág. 151

Por tanto, la prisión abierta allana las dificultades que comporta la reincorporación a la sociedad, insertada en el sistema de individualización científica (art. 72 LOGP), supone un paso intermedio entre la prisión cerrada y la vida libertad, ya que durante la permanencia en la prisión abierta se sigue cumpliendo condena y se sigue ejerciendo cierto control sobre la persona penada. Además este control se ve reforzado por la amenaza de reingresar a la prisión cerrada. Esta amenaza (elemento coercitivo) puede constituir un freno ante el delito (adecuación a un comportamiento dentro de la legalidad penal) y puede ayudar a regularizar su conducta para reincorporarse a la sociedad (elemento resocializador).

Se parte de la presunción de que la persona que ingresa en una prisión abierta está preparada para vivir en sociedad alejada del delito. La prisión abierta como institución que se utiliza durante la fase de ejecución de las penas privativas de libertad encuentra su fundamento, como no podía ser de otra manera, en el art. 25.2 de CE que establece la orientación de penas privativas de libertad hacia la reeducación y reinserción social, entendiendo que el término resocialización engloba a ambos, ya que la corrección de hábitos delictuales requiere, en muchos casos, el acercamiento a la sociedad del que ha sido apartado. Sin embargo, **Boix Reig** considera que la reeducación y la reinserción social son el mecanismo consecutivo para llevar a cabo la resocialización⁴⁷⁵.

Entre los medios que el legislador ha previsto en desarrollo de la resocialización al que alude el art. 25.2 de la CE se encuentran los permisos de salida, la prisión abierta y la libertad condicional dado que sirven para acercar al penado a la sociedad y para que se integre con normalidad sin delinquir; por tanto estas instituciones tienen carácter reinsertador puesto que permiten el regreso normalizado del penado a la sociedad.

En el ordenamiento penitenciario hay instituciones que deben tener en cuenta que el interno debe reinsertarse a la

⁴⁷⁵ BOIX REIG, J., “Significación jurídico-penal del art. 25.2 de la Constitución”, en *Escritos penales*. Valencia, 1986, págs. 109-145

sociedad por lo que debe ser “preparado” para ello mediante aquellas instituciones que la posibilitan (grados de cumplimiento, permisos....) y que se deben atender a las deficiencias educacionales que, precisamente, inciden en su actuar delictivo, lo que satisfaría la reeducación (STS 89/99, de 29 de enero).

El régimen abierto propicia el mejor de los ambientes para llevar a cabo una intervención integral, de cercanía, “selfing approach”⁴⁷⁶, con el interno a todos los niveles, laboral, social o familiar.

4. El vaciado efectivo de la pena

Sin lugar a dudas es en la clasificación en tercer grado donde el sistema de individualización científica plantea de una forma más clara el problema del *vaciado de la pena*. El régimen abierto actual ofrece tal atenuación frente al ordinario que puede situarse justamente en el punto de equilibrio entre aquel y la libertad condicional comportando una modificación sustancial sobre lo que es una decisión judicial y firme de privación de libertad.

En principio y en un sistema de individualización científica el tercer grado debiera acordarse únicamente en función de la personalidad del reo en relación con el tratamiento requerido y su mayor o menor proximidad al objetivo final de la resocialización y así se deduce de lo establecido en los arts. 72.3 y 4 LOGP. Por tanto, cuando el art. 63 LOGP describe los criterios o variables de la clasificación debiera interpretarse que lo fundamental es la valoración de la personalidad del penado en relación a su actividad delictiva y pronóstico de reincidencia y/o reinserción social, siendo el resto de variables síntomas o elementos que permiten llegar a conocer esa personalidad: historial familiar, personal y delictivo etc. La duración de la

⁴⁷⁶ GARRIDO GENOVÉS, V., “Fundamentos de los programas educativos en la comunidad para delincuentes”, *Revista de estudios penitenciarios*, Nº 240, Madrid, 1988, pág. 71

pena, y en relación con ella la naturaleza y gravedad del delito, la reprobación del autor en la medida de su culpabilidad, etc...; en definitiva los elementos que definen la pena desde una perspectiva de retribución y prevención general no operaría sino como elemento coadyudante al juicio sobre la personalidad.

Frente a esta postura, (que maximaliza los fines de prevención especial) la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia entiende que la duración de la pena expresiva del grado de retribución que merece el culpable debe actuar como elemento de *corrección del sistema* desde fuera para evitar el vaciado de la pena. Junto a los fines de prevención especial ligados a la resocialización no podemos olvidar que el fundamento de la pena (de cualquier pena y no solo de privación de libertad) radica en la culpabilidad y al tiempo deben tomarse en consideración otros fines de la pena como la prevención especial ligada a la intimidación y la prevención general lo que es particularmente relevante en determinadas formas de criminalidad o cuando el penado rechace el tratamiento.

Por tanto, la clasificación en tercer grado, a veces, es planteada como la impunidad plena o el *vaciado de la pena*, es decir, se valora como que al clasificar a una persona en tercer grado, régimen de semilibertad, ya hubiese cumplido su pena. El legislador de la LO 7/2003, de 30 de junio, cae en este error al exigir un cumplimiento íntegro que ya se produce desde la entrada en vigor del CP de 1995. Así pues hay que dejar claro que la duración de la pena siempre será la misma independientemente del centro donde se cumpla. Debe insistirse en que no está dejando de cumplirse la pena, sino de ajustar el modo de cumplimiento, porque siempre se trata de cumplimiento efectivo, sea el grado de tratamiento que sea⁴⁷⁷. Por ello, como dice **Manzanares Samaniego**⁴⁷⁸, sabido es que el Estado no se halla obligado a apurar en su *reacción punitiva* el marco trazado por la culpabilidad del reo (tal es el caso, por

⁴⁷⁷ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 6/5/1198

⁴⁷⁸ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Comentarios a la legislación penal. Ley Orgánica General Penitenciaria*, Madrid, 1986, pág. 951.

ejemplo, de suspensión de la pena), y que en materia de clasificación penitenciaria el único *límite irrenunciable* en el vaciado de la pena es el establecido en el apartado tercero del artículo 72 LOGP, es decir, la libertad condicional, único grado en el que no puede ser clasificado el penado hasta que no haya cumplido las 2/3 o ¾ partes de la condena. Este mismo autor mantiene que el contenido real de la pena, su componente aflictivo, varía con la clasificación y puede producirse, y se produce con demasiada frecuencia, un profundo vaciado de la misma, con lo que la sanción se distancia excesivamente de las exigencias retributivas y de prevención general- y aun especial- en aras de una pretendida resocialización a la que algunos delincuentes, entre ellos terroristas, son poco proclives (...) Con la reforma de la LO 7/2003 se pretende reducir el tiempo en que por una u otra vía, sea el tercer grado o con la libertad condicional, el encarcelamiento del reo quede en papel mojado⁴⁷⁹; por ello se establecen los nuevos límites temporales recogidos en los artículos. 36.2 y 78 CP respecto el acceso al tercer grado y a la libertad condicional. Estos límites son irrenunciables en el caso de los terroristas o de penados que cometen en el delito en seno de organizaciones delictivas y condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexual de menores de 13 años, éstos últimos desde la LO 5/2010, de 22 de junio.

Un penado ingresado en una prisión ya no necesita cumplir la pena íntegra para recuperar la libertad efectiva. Puede hacerlo mucho antes, puesto que la legislación penitenciaria dispone de varias alternativas a la prisión cerrada y ordinaria.

Al igual que para acceder a los permisos de salida o la libertad condicional existe la exigencia de un tiempo mínimo de cumplimiento de la pena, y por tanto de estancia en prisión, para acceder al tercer grado, si el penado no tiene aplicado el periodo de seguridad no se requiere un tiempo mínimo de permanencia en prisión, como veremos en otro capítulo. Esto quiere decir que

⁴⁷⁹ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., "El cumplimiento íntegro de las penas", *Actualidad Penal*, N° 7, Madrid, 10/16/200, págs. 1-2

el interno puede ser clasificado y destinado a régimen abierto a los pocos días de ingresar en prisión.

La Administración Penitenciaria dispone de la competencia exclusiva para efectuar la clasificación en grados, y en consecuencia, para aprobar el tercer grado. En consecuencia y puesto que puede aplicarle los art. 86.4, 165 y 182, el régimen penitenciario puede llegar a ser casi una “libertad condicional efectiva”, incluso con menos condiciones que la propia libertad condicional que ha de ser aprobada por el JVP.

La realidad es que es una situación indeseable, como bien dice **Vega Alocén**⁴⁸⁰, un órgano administrativo, la Secretaria General de IIPP, puede clasificar un penado a los pocos días de ingresar en prisión en el tercer grado, incluso con medios telemáticos, que se traduce en la práctica en una libertad efectiva. Si la figura se utiliza con malicia, nada impide que la Administración penitenciaria la use para conceder una libertad encubierta a determinados penados privilegiados.

La prisión abierta permite el cumplimiento de la pena en el medio social en el cual deberá vivir una vez que finalice el cumplimiento de la misma. Se ha dicho que la prisión abierta carece de sentido desde una perspectiva retribucionista dado que es incompatible con la exigencias de un principio retributivo o absoluto de justicia, es decir, que se produce un *vaciamiento de la pena*, pero esto no es así, puesto que en este tipo de prisión se sigue cumpliendo la pena privativa de libertad, estando el penado sometido a los correspondientes controles y condiciones. Exigir el cumplir un mínimo de tiempo de la condena en la prisión cerrada antes de llegar a la abierta, suele ser fundamentado en razones retributivas, pero también en razones de prevención general, sin embargo, la prisión abierta también cumple con las finalidades retributivas y de prevención general, nadie quiere estar ingresado en una prisión, aunque sea abierta.

Es evidente que se reduce el contenido aflictivo de la pena, pero sigue teniéndolo porque el penado sigue sometido a

⁴⁸⁰ VEGA ALOCÉN, M., *El tercer grado...*, op. cit., pág. 111

controles y limitaciones y, además, en cualquier momento puede producirse la regresión de grado. Los penados clasificados en tercer grado siguen siendo presos, aunque pasan gran parte del día en libertad pero están sometidos a controles laborales, de horarios, de analíticas, etc., y todo ello por siguen cumpliendo la pena y mantienen su relación jurídica con la Administración Penitenciaria. Por tanto no se puede decir que la prevención general quede desvirtuada pues sigue habiendo un contenido aflictivo de la pena⁴⁸¹.

La prevención general opera “ex ante” porque no se puede saber a priori si la persona que comete un delito, una vez condena, va a ser clasificada en tercer grado y destinada a régimen abierto. Además, la prevención general no es una finalidad absoluta, sino que ha de conjugarse con las necesidades resocializadoras de los penados. A pesar de ello, hay jurisprudencia y algunos autores que entienden que el efecto preventivo-especial sufre un déficit⁴⁸², ya que consideran que el tercer grado sólo es adecuado respecto de aquellos penados “cuya evolución permite vaticinar un comportamiento

⁴⁸¹ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., “Cuestiones fundamentales del Derecho Penitenciario español”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1983, Nº 3, págs. 449-451: “En el sistema de individualización científica, la progresión en grado implica una disminución del contenido retributivo de la pena, como si fuera obteniendo un indulto progresivo de la pena, no en su aspecto temporal, pero sí en el aflictivo”

⁴⁸² En este sentido la Sentencia nº 253/2001, de 21 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Castellón Sección 3ª respecto al aceptar el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra un Auto del Juez de Vigilancia de Valencia que clasificaba un interno en tercer grado a los dos meses siguientes de ingresar en prisión : “La clasificación en tercer grado y consiguiente régimen abierto... hubiera sido prematura en el tiempo y con gran probabilidad hubiera impedido que el penado experimentara en sus correctos y adecuados términos que la comisión del delito...lleva aparejadas consecuencias negativas, con lo que la pena no hubiera cumplido el fin de prevención especial que le es propio a sí a los dos meses del inicio del cumplimiento tras sentencia firme hubiera alcanzado el penado el régimen abierto”.

respetuoso con la ley penal”⁴⁸³, y que por lo tanto no todo penado es apto para vivir en régimen abierto.

Lo que sí es generalmente aceptado, sabiendo los problemas que origina el encierro prolongado en el ser humano, que lo importante es mejorar la ejecución de la pena privativa de libertad, conjugando los intereses de la sociedad, que ha de protegerse también de los que cometieron el delito, con los del penado, que ha de incorporarse a la sociedad con los medios suficientes para que su nueva situación no le lleve cometer nuevos delitos, y está demostrado que para conseguirlo es más adecuado el tercer grado y régimen abierto que la prisión tradicional.

La instauración del periodo de seguridad con la LO 7/2033 en el art. 36.2 CP y después con la reforma del citado artículo por la LO 5/2010 se consigue un importante efecto, ejercer un control sobre la Administración Penitenciaria. Ésta pierde, cuando se impone el periodo de seguridad, la competencia primaria para decidir el acceso al tercer grado. Esta competencia pasa a depender de un órgano jurisdiccional que ejerce un control a priori. Primero, el Juez o Tribunal sentenciador que, a la hora de determinar la pena, puede acordar en muchas ocasiones establecer una extensión inferior o superior a cinco años. La nueva redacción del 36.2 CP aumenta las posibilidades de control del Juez o Tribunal Sentenciador que, antes de la decisión del JVP y cuando se decida fijar una pena superior a 5 años, puede resolver no aplicar el periodo de seguridad. Luego el JVP podrá retornar al régimen general (menos en los casos en los que sea de imposición obligada). Finalmente, también ejercerá esta facultad de control el Juez o Tribunal Sentenciador que tiene la competencia para resolver los recursos de clasificación.

Con anterioridad existía un control a posteriori (que se mantiene). El art. 107 RP contiene la obligación de notificar al

⁴⁸³ TAMARIT SUMALLA, J. M^a, GARCÍA ALBERO, R., RODRÍGUEZ PUERTA M^a J. y SAPENA GRAU, F., *op. cit.*, 2^a Ed., Valencia, 2005, pág. 273

Fiscal todas las resoluciones de clasificación o progresión a tercer grado adoptadas por el Centro Directivo o por acuerdo unánime de la Junta de Tratamiento según lo indicado en el artículo 103.7 RP. Dicho organismo deberá decidir a continuación si recurre, en función del interno y del informe remitido por la Junta de Tratamiento.

Se pretende ejercer un mayor control sobre la Administración Penitenciaria, a la que se quiere someter, en sus decisiones, a un control jurisdiccional, presuntamente más preocupado por necesidades preventivo generales (y por los sentimientos de justicia de la opinión pública) que por cuestiones resocializadoras⁴⁸⁴. Se afirma, en suma, que estos órganos jurisdiccionales podrán valorar las necesidades retributivas y los fines de prevención general requeridos por el caso mejor que la Administración Penitenciaria de cuya discrecionalidad se desconfía⁴⁸⁵. Con ello, se pasa de la evaluación positiva de la flexibilidad del sistema de individualización científica a su visión como una discrecionalidad que se debe evitar⁴⁸⁶. Flexibilidad que permitía

⁴⁸⁴ FUENTES OSORIO, J.L. “Sistema de clasificación penitenciaria y el “periodo de seguridad” del art. 36.2 CP”, *Revista para el análisis del derecho. InDret* 1/2011, pág. 15

⁴⁸⁵ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., El cumplimiento íntegro..., *op.cit.*, pág. 207, escribía antes de la reforma legislativa del año 2003 que el control discrecional ejercido por el fiscal era insuficiente y que “hoy la concesión del tercer grado funciona como la entrega de un cheque en blanco a la Administración Penitenciaria que ésta rebajará a voluntad, minusvalorando a veces el fundamento culpabilístico de la pena y sus fines de prevención genera”. Considera adecuado por ello la introducción del periodo de seguridad ESPINOSA RAMOS, J.A., “La reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: luces y sombras”, *Revista de derecho y proceso penal*, N° 11, 2004, pág. 27: Al estar destinado a evitar la mera decisión administrativa sin control judicial.

⁴⁸⁶ Véase críticamente SOLAR CALVO, M. P., “Consecuencias de la Ley Orgánica 7/2003 en el ámbito penitenciario”. *Diario La Ley. N° 7238. D-279*, 2009., pág. 1662, . Sostiene que superar la impresión de arbitrariedad de la Administración era uno de los motivos de la reforma. Próximos en la crítica, véanse Juanatey Dorado, *La ley penal*, N° 9, 2004, pág. 16. También MOLINA GIMENO, *Diario La Ley.*, N° 6966, 2008, págs. 1437 y s. Véase

adaptar el modo de cumplimiento de la ejecución en dos direcciones. Una culmina en el régimen cerrado, basado en el aislamiento y en la pérdida de beneficios penitenciarios; la otra en la libertad condicional, sustentada en la confianza en las posibilidades de vida en libertad del interno. Es evidente que la dirección de la discrecionalidad que se pretende evitar es la segunda, la que otorga mayores cuotas de libertad al interno en función de unos fines resocializadores y según su evolución personal⁴⁸⁷.

5. Conclusiones

1ª. En nuestro sistema penitenciario se pretende la adaptación progresiva del condenado a la vida en libertad. En este sentido el régimen abierto no es un beneficio ni recompensa penitenciaria sino que supone una forma de cumplimiento de la pena, y no una medida alternativa a la prisión, pero sí una alternativa a la clásica prisión cerrada, puesto que se concede una mayor libertad que se decide, una vez analizado el caso concreto, cuando se tiene cierta garantía de éxito en el uso de ese margen de confianza y una perspectiva razonable de no utilización indebida del mismo en relación a la comisión de nuevos delitos o al quebrantamiento de condena.

2ª. Los internos clasificados en tercer grado son aquellos que gozan del régimen abierto o semilibertad (llamado en otros países “prisión abierta”), fundamentado en la filosofía de las alternativas a la prisión y en el ideal de resocialización que supone una apuesta por la autorresponsabilidad de los internos.

también en el mismo sentido RODRÍGUEZ YAGÜE: “El modelo penitenciario español frente al terrorismo”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N° 65, 2009, pág. 66, quien insiste en la idea de desconfianza en la discrecionalidad de la Administración Penitenciaria y los JVP.

⁴⁸⁷ JUANATEY DORADO, C., “La ley de Medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, y los principios constitucionales del Derecho Penal”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N° 9, 2004, pág. 12.

Se trata de delitos de gravedad media que, si bien merecen el cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad (pues antes tendrían las alternativas a la prisión, multas, trabajos en beneficio de la comunidad, sustitutivos, etc.), por las circunstancias personales de los autores (sujetos socialmente adaptados, con trabajo conocido relaciones familiares estables, etc.), aconsejan un cumplimiento de la pena de prisión en unas condiciones más benignas que las normales⁴⁸⁸. Además de ello la idea es potenciar las capacidades de inserción social positiva de los penados.

3ª. A pesar de las deficiencias del sistema, la experiencia parece haber confirmado que a partir de un sistema de individualización científica, no es un planteamiento erróneo⁴⁸⁹, pues (aunque resulta difícil medir la eficacia de estas medidas por la multitud de variables que determinan la reincidencia o no del penado) algunas estadísticas indican que quienes han sido puestos en libertad bruscamente, tras un internamiento en prisión, cometen más delitos que quienes disfrutaron de una puesta en libertad progresiva⁴⁹⁰.

4ª. Como señala la doctrina de forma reiterada la reclusión no debe desocializar; aquí, sin duda, las penas alternativas a la reclusión y, por supuesto, las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías tienen mucho que decir⁴⁹¹, como ya ocurre con la aplicación del art. 86.4 RP a los penados que se les

⁴⁸⁸ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Coordinador) FERNÁNDEZ GARCÍA, J., PÉREZ CEPEDA, A. I., SANZ MULAS, N., ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Manual...*, *op. cit.*, Salamanca, pág. 330

⁴⁸⁹ LÓPEZ PEREGRÍN, C., *La pena de prisión en España tras la reformas de 2003 y los fines de la pena*, Universidad de Sevilla, 2004, pág. 4

⁴⁹⁰ CID MOLINE, J. y LARRAURI POJAN, E., *Penas alternativas...*, *op. cit.*, pág. 22. Igualmente se mantiene estos datos por REDONDO ILLESCAS, S., FUNES ARTIAGA, J. y LUQUE REINA, Mª E., *op. cit.*, págs. 15-180.

⁴⁹¹ REVIGÓN PICÓN, F., “¿Crisis de los sistemas penitenciarios europeos?”, UNED, 2010, pág. 169

controla con medios telemáticos, tema que analizaremos en otro capítulo.

D. FINALIDAD DEL RÉGIMEN ABIERTO

1. Evolución

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial, disminuyó la severidad de las condiciones regimentales, y se fue introduciendo en las prisiones programas de tratamiento. Se trata de un nuevo modelo de prisión: *el modelo rehabilitador*, que en su día, supuso un claro avance humanitario con respecto a los métodos anteriores.

Tras esta guerra surgió el movimiento inaugurado por la Constitución italiana, denominado “constitucionalismo social”, lo que consagró en Europa la fórmula del Estado social y democrático de Derecho. En este contexto, por lo que corresponde a la orientación dada a la política criminal, han prevalecido las posiciones de los fines preventivo especiales de la pena, consubstanciados en la filosofía de la rehabilitación y la reintegración social del penado. Así, en el marco de la filosofía política inculcada por el modelo del Estado de bienestar, el fin de la pena se desplaza en esta fase de la retribución a la prevención. En este orden de cosas, ganan terreno en el ámbito del pensamiento penal las teorías sobre el principio de la subsidiariedad de la respuesta penal, del cual deriva el concepto de “derecho penal mínimo”⁴⁹². Por tanto surge la preocupación

⁴⁹² FERRAJOLI, L., *Derecho y razón...*, *op. cit.*, pág. 104. Al referirse a los extremos de «derecho penal mínimo» y «derecho penal máximo», se está tratando de «los mayores o menores vínculos garantistas estructuralmente internos al sistema, bien a la cantidad y la calidad de las prohibiciones y las penas en él establecidas». De modo que, al «derecho penal mínimo», corresponde «no sólo al máximo grado de tutela de las libertades de los ciudadanos respecto al arbitrio punitivo, sino también a un ideal de *racionalidad* y de *certeza*». Así pues, concluye el autor, «resulta excluida de

por los fines de resocialización. Conforme señala **Roxin**, la filosofía que caracterizó este periodo del pensamiento penal es retratada de forma paradigmática por el Proyecto Alternativo de 1966 del Código penal alemán en el que sobresale la preocupación por el cumplimiento de las metas resocializadoras y la garantía de todos los derechos del acusado⁴⁹³. En el momento de la aplicación judicial de la pena, el límite viene marcado por el propio principio de retribución. A través de la aplicación judicial de la pena se debe trazar también la eficacia preventivo-especial de la misma. En el momento de la ejecución de la condena, que es el estadio final de la prevención especial, debe desplegarse toda su eficacia, de manera que tal ejecución tienda, preferentemente, hacia la resocialización del delincuente⁴⁹⁴.

En los años sesenta, surge el llamado *mito de la resocialización* como un objetivo perfectamente atendible a través de la pura intervención, es decir, del tratamiento penitenciario sobre el delincuente que cumplía una pena privativa de libertad. Juristas, criminólogos y psicólogos vieron la posibilidad de transformar las prisiones, no sólo humanizando la vida de las mismas, sino también y sobre todo, pretendiendo convertirlas en Instituciones de reeducación y reinserción social. La pena de prisión ya no se justificaría por sus funciones de custodia y castigo, sino por su fin rehabilitador. Pero desde los años 80 hasta nuestros días las reformas penales han estado marcadas por una mayor preocupación con el tema de la

hecho la responsabilidad penal todas las veces que sean inciertos o indeterminados sus presupuestos. Bajo este aspecto, existe un nexo profundo entre garantismo y racionalismo».

⁴⁹³ ROXIN, C., *La evolución de la Política Criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, Valencia. 2000, pág. 25.

⁴⁹⁴ ROXIN, C., *Problemas básicos de Derecho penal*, Madrid, 1976, págs. 21-34

seguridad y por el movimiento expansionista, también denominado de “administrativización” del Derecho penal⁴⁹⁵.

De acuerdo con la dicotomía propuesta por **Ferrajoli** entre “derecho penal mínimo” y “derecho penal máximo” para clasificar los modelos de Derecho penal existentes, es posible afirmar que esta fase se caracteriza por la adopción del modelo de “derecho penal máximo”. En efecto, la nota que caracteriza este periodo consiste esencialmente por la máxima expansión de una intervención punitiva del Estado incontrolable y, a la vez, su máxima incertidumbre e irracionalidad⁴⁹⁶.

Este periodo coincide con la crisis del modelo de sistema penal en el que la pena se fundaba en los fines de rehabilitación y resocialización⁴⁹⁷, así como en la necesidad de buscar mecanismos más eficaces en la lucha contra el terrorismo y la criminalidad organizada, justificándose la ingerencia estatal a la vez que se verifica un sensible acotamiento del alcance de las libertades⁴⁹⁸.

⁴⁹⁵ Señala RIVERA BEIRAS, I., “Forma-Estado, mercado de trabajo y sistema penal” («nuevas» racionalidades punitivas y posibles escenarios penales), en AA.VV., *Mitologías y discursos sobre el castigo. Historia del presente y posibles escenarios*, Barcelona, 2004, págs. 308-309. La criminología administrativa o actuarial surgió en el ámbito de la cultura penal anglosajona, y como una de las diversas respuestas para «gobernar las crisis». Destaca como características que «se impone una «gestión» de los riesgos que quedará, sobre todo, en manos estrictamente administrativas y en la que importará, fundamentalmente, «regular comportamientos para evitar riesgos.... Obviamente, ya no se trata de rehabilitar, sino de *monitorear*».

⁴⁹⁶ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón...*, *op. cit.*, págs. 104-105.

⁴⁹⁷ En este sentido, RIVERA BEIRAS, I., *op. cit.*, pág. 304, señala que: “desde la década de los años setenta, Europa había comenzado a experimentar su particular crisis del Estado social que, en el terreno penal, se corporizó en la articulación de la llamada “cultura de la emergencia y de la excepcionalidad pena”.

⁴⁹⁸ RIVERA BEIRAS, I, *op. cit.*, pág. 304, destaca que “está suficientemente acreditado que la misma terminó por subvertir los fundamentos mismos de un Derecho penal anclado y fundado en otras bases liberales. Desde el punto de vista carcelario, la mencionada política inauguró la época de los regímenes y de las cárceles de máxima seguridad, las prácticas del aislamiento

En este orden de cosas **Roxin** pone de relieve el cambio que se ha producido en el centro de gravedad del debate que antes giraba en torno a los fines de prevención especial del sistema de justicia criminal y que, en los últimos treinta años, se ha desplazado de forma notable a los fines de prevención general positiva⁴⁹⁹. Con lo cual el carácter garantista del sistema penal propio de Estados sociales y democráticos de Derecho pierde terreno para las ya apuntadas tendencias político-criminales de emergencia, caracterizadas por el recorte de libertades.

La denominada “cultura de emergencia” se enmarca en un contexto caracterizado por la crisis del ideal resocializador que informaba la función del sistema penal del Estado del bienestar. En este orden de cosas, se verifica que medidas que antes eran adoptadas durante periodos de excepción o de emergencia se han generalizado para convertirse en la regla. Por consiguiente, el nuevo contexto socio-económico, informado por el fenómeno de la globalización y por el neoliberalismo económico, se ha convertido en un caldo de cultivo para el fortalecimiento de la conocida como política criminal de la “tolerancia cero” o de “ley y orden”, cuya nota esencial consiste, en líneas muy generales, en la expansión y endurecimiento de la intervención estatal en el marco del control penal⁵⁰⁰.

penitenciario, la dispersión de colectivos de reclusos, los más modernos sistemas de control y vigilancia telemática, etc. En fin, se subvirtieron así, también las bases de aquella reforma penitenciaria que bajo el signo del constitucionalismo social incardinó las penas en clave preventivo-especial positiva: ahora se pasó abiertamente a la llamada prevención especial negativa; la neutralización e inocuización – por no emplear peores denominaciones – pasaron a dar contenido a la nueva penalidad de los últimos años del milenio”.

⁴⁹⁹ ROXIN C., *La evolución...*, *op. cit.*, págs. 30-31.

⁵⁰⁰ WACQUANT, L., *Las cárceles de la miseria*, Madrid, 2000, pág. 102 señala que “la tentación de apoyarse en las instituciones judiciales y penitenciarias para eliminar los efectos de la inseguridad social generada por la imposición del trabajo asalariado precario y el recorte correlativo de la protección social se hace sentir en toda Europa, y singularmente en Francia, a

Las nuevas Reglas Penitenciarias del Consejo de Europa, aprobadas en enero de 2006 (articuladas por primera vez en 1973, esta ha sido su tercera actualización, la anterior se produjo en 1987), inciden esencialmente en el mantenimiento y respeto de los derechos de los reclusos sobre la base del principio de reinserción y la adaptación, en la medida de lo posible, de la vida en prisión a los aspectos positivos de la vida en el exterior; “normalización” en la expresión utilizada por **Mapelli Caffarena**⁵⁰¹. Como apunta este autor, en consonancia con las previsiones de reinserción “la cárcel debe ser un reflejo de la sociedad libre. No hay razón para que la vida dentro de una prisión se trate de prisionalizar y, sin embargo, si existen muchos argumentos a favor de su normalización social”, siendo elemento determinante para ello “reforzar unas relaciones fluidas sociedad / prisión”.

Con relación a la anterior versión de estas reglas llama la atención, entre otras cuestiones, el proceso de personificación que se produce (“Las personas privadas de libertad deben ser tratadas en el respeto de los derechos del hombre” –Regla 1ª–) así como la desaparición de sus principios fundamentales de la finalidad reinsertadora hasta este momento contenido en la regla tercera. Para **Téllez Aguilera** esta desaparición o abandono de la finalidad reinsertadora sería fruto de la concurrencia de diferentes elementos entre los que cabría destacar, en el marco de una crisis de la ideología del tratamiento penitenciario, la falta de concreción de los fines asignados al mismo o el caótico panorama de los medios a aplicar así como la falta de evaluación del fruto del trabajo⁵⁰².

El Consejo de Europa en materia penitenciaria y concretamente en la Recomendación de 30 de septiembre de

medida que se despliegan en ella la ideología neoliberal y las políticas que inspira, tanto en materia de trabajo como de justicia”.

⁵⁰¹ MAPELLI CAFFARENA, B., “Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas”, *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, Nº 8, 2006.

⁵⁰² REVIGÓN PICÓN, F., *op. cit.*, “¿Crisis de...?”, *op. cit.*, pág. 169

1999 propugna un impulso de la semilibertad, del régimen abierto y de la libertad condicional⁵⁰³. Las vigentes 108 Reglas Penitenciarias Europeas (2006) mantienen los tradicionales principios fundamentales de las penas que giran alrededor del delincuente: reinserción y normalización social.

2. En España

Por lo que se refiere a España, el endurecimiento de la política penitenciaria ocurrida en España en los años 80, 90, y, sobre todo a principios del siglo XXI (años 2003 y siguientes), bajo la filosofía de elevar la seguridad que demandaba el tratamiento dispensado a los autores de crímenes más graves, como el terrorismo (atentados del 11-S, 11-M y 7 J)⁵⁰⁴ o el crimen organizado, se ha extendido para alcanzar a los condenados por crímenes comunes⁵⁰⁵. De modo que se nota que la esencial de la política criminal del Estado cambia a la necesidad de prevención general asegurativa y en consecuencia al discurso de la necesidad de protección de la colectividad, en detrimento de la protección individual⁵⁰⁶.

⁵⁰³ SANZ DELGADO, E., “La reforma introducida por la regresiva Ley Orgánica 7/2003. ¿Una vuelta al siglo XIX?, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, Tomo extraordinario II, 2004, pág. 14

⁵⁰⁴ MORENO CATENA, V., *Los nuevos procesos penales (I). El procedimiento abreviado*, Valencia, 2004, págs. 11-19, Advierte que «nos toca vivir una época confusa, en la que se está produciendo una regresión intolerable en la juridicidad, en el triunfo del derecho, del respeto de unas reglas de convivencia que se han ido forjando en el crisol del difícil equilibrio entre la defensa de la sociedad y de los intereses públicos y la defensa de la libertad individual, de cada uno de los ciudadanos; ese equilibrio, que se asienta sobre las vidas de muchos luchadores por la libertad, se encuentra seriamente amenazado por la decisión de un poder autoritario que toma sus decisiones por encima del derecho”.

⁵⁰⁵ BERGALLI, R., “*Las funciones del sistema pena en el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídica*” en *Sistema penal y problemas sociales*, Valencia, 2003, pág. 63.

⁵⁰⁶ A raíz del atentado del 11-M, se ha intensificado enormemente el debate sobre la necesidad de reformas en derecho penal. *¿Hacia un derecho penal*

Algunos autores se refieren al año 2003 como al *annus horribilis* para el derecho penal español⁵⁰⁷. Una fuerte corriente regresiva se había introducido en España, como en otros países vecinos, presentando en todos ellos algunas características similares que, según **Del Rosal Blasco**⁵⁰⁸, podemos resumir en:

a) Su punitivismo, endureciendo las respuestas penales, relajando las garantías procesales y olvidando por completo intervenir en las causas de la delincuencia.

b) La inoquización o neutralización del delincuente como principal fin de la pena, utilizando a menudo la reclusión de por vida e incluso, de forma creciente, la pena de muerte.

c) La implantación de estrategias actuariales de control del riesgo, priorizando la gestión del riesgo, a través de estándares o modelos prediseñados, y el control eficiente de los procesos internos y dejando de lado la consecución de los objetivos externos como la resocialización o el control del delito.

d) El populismo penal, de manera que los políticos están legislando según las emociones y deseos de venganza de la ciudadanía, que retroalimentan o provocan, haciendo caso omiso de los expertos. La víctima ha asumido un papel protagonista en la elaboración del derecho penal y la sociedad señala a los

del enemigo?, de MUÑOZ CONDE, F. 15/01/03, El País, pág. 26. Sobre la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas FARALO CABANA, P., “Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma par el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas” y de ACALE SÁNCHEZ, M., “Terrorismo, delincuencia organizada y sistema de penas”, ambos en AA.VV., FARALO CABANA, P. (dir.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Valencia, 2004, págs. 299-340 y págs. 341-380.

⁵⁰⁷ LANDROVE DÍAZ, G., *El Nuevo Derecho Penal*, Barcelona, 2009.

⁵⁰⁸ DEL ROSAL BLASCO, B., “¿Hacia el derecho penal de la postmodernidad?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 11-08, 2009

enemigos comunes que, supuestamente, ponen en riesgo su seguridad⁵⁰⁹.

Frente a todo lo expuesto, lo que verdaderamente es necesario es un derecho penal que crea en la persona y que haga uso de la pena de prisión como último recurso⁵¹⁰, poniendo a disposición de la Justicia un verdadero sistema de alternativas a la prisión. Un derecho penal que, no obstante, de respuesta a las verdaderas necesidades sociales, interpretadas y analizadas de manera objetiva por personas expertas y no por una opinión pública manipulada. Como contrapartida la sociedad debe asumir su papel en relación a las penas comunitarias, aportando los recursos, programas y centros que se requieran para la aplicación de dichas penas y medidas alternativas a la prisión.

Dice **Muñoz Conde**, *“Una sociedad en la que la seguridad se convierte en el valor fundamental, es una sociedad paralizada, incapaz de asumir la menor posibilidad de cambio y de progreso, el menor riesgo”*⁵¹¹. Ya el Código Penal de 1995, mal llamado “Código Penal de la Democracia” respondía a lo que algunos denominaban “maximalismo penal”, después con el “Código Penal de la Seguridad” (reformas 2002-2004) se nos

⁵⁰⁹ Pero España es uno de los estados occidentales con menor índice de delitos, sino que además, con el encarcelamiento masivo y creciente (se ha pasado ya del 170% de sobreocupación en las prisiones y la tasa de encarcelamiento es la mayor de Europa) no se previene el delito ya que está demostrado que la estancia en prisión provoca en la persona un importante deterioro y la lleva a la desadaptación social en lugar de a la resocialización que en teoría pretendemos. En Valverde Molina, J. “Intervención en la conducta desadaptada”, Madrid, 2ª Edición, 1997.

⁵¹⁰ Este último recurso enlaza con el principio de intervención mínima significa que, por su gravedad, efectos negativos y sufrimientos infligidos en el ser humano, sólo debemos acudir al derecho penal sólo cuando no haya otro modo de intervenir en el conflicto de que se trate. Otras formas de solución y abordaje son, por ejemplo, la solución privada de los conflictos, el derecho civil o el derecho administrativo.

⁵¹¹ MUÑOZ CONDE, F., “Las reformas de la parte especial del Derecho penal español en el 2003: de la “tolerancia cero” al “derecho penal del enemigo”, en *Revista general de derecho penal*, Nº 3, 2005, pág. 27

sitúo en un escenario de mayor dureza⁵¹². **Sáez Valcárcel** se

⁵¹² Según MONTERO HERRANZ, TOMÁS. (www.grupotortuga.com) Consultada 16/5/2011: “La política criminal en España ha estado presidida, en los últimos años, por el principio de “tolerancia cero”, lo que se ha traducido en un progresivo aumento de la dureza de nuestro sistema penal, fruto de las continuas reformas que ha experimentado el Código Penal, y que se inició con su publicación que vino a suponer una aparente reducción de las penas previstas para los delitos. Y digo aparente porque la minoración de su duración se acompañó, acertadamente, de la desaparición de la redención de penas por el trabajo, cuya aplicación se había ido degenerando con el paso de los tiempos, hasta convertirse en un “café para todos”, perdiendo el significado que en sus orígenes había tenido. Un ejemplo puede ilustrar el cambio punitivo del nuevo Código Penal, que pasó de una pena máxima de 30 años de reclusión mayo a una pena máxima de 20 años de prisión. Sin embargo, la primera, por efectos de la redención de penas por el trabajo podría extinguirse una vez cumplidos poco más de 15 años.

Como antes había dicho, el nuevo Código Penal fue el punto de partida de una nueva política criminal que ha ido endureciendo las penas para algunos delitos, tipificando nuevas infracciones penales y promoviendo un cumplimiento efectivo de las penas. Paradigma de estos cambios los tenemos en el tratamiento penal de la violencia de género, de los delitos contra la seguridad en el tráfico o en la reforma para el cumplimiento íntegro de condenas.

En total 26 veces ha sido reformado el Código Penal desde su publicación en noviembre de 1995, lo que supone más de una reforma por año del esperado y mal llamado Código Penal de la democracia.

Por el camino, la jurisprudencia ha contribuido también a alargar la duración de las penas, o más exactamente a alargar el tiempo de permanencia en prisión de los condenados por múltiples delitos. Me estoy refiriendo a la popularmente conocida “doctrina Parot”. Bien es cierto que también hubo algunas resoluciones importantes que tuvieron efectos contrarios, como la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a los efectos de la redención de penas por el trabajo en los casos de revisión de sentencias, o la más reciente del Tribunal Constitucional sobre el abono de prisión preventiva cuando corría de forma conjunta con el cumplimiento de una pena, doctrina que intentó ser obviada por la Audiencia Nacional mediante una interpretación particular que no sería admitida por el Tribunal Supremo, quien se sumaría al criterio del Constitucional, rechazándola, sin embargo, en supuesto no idénticos, y que el legislador se ha apresurado a corregir, modificando el artículo 58 (LO 5/2010).

Todos estos cambios han hecho que la población penitenciaria creciera un 69,23% desde 1995 hasta 2009, superando los 160 presos por 100.000

lamentaba en 1996 de que en las discusiones parlamentarias era difícil distinguir si los discursos realizados provenían de la izquierda o de la derecha, porque todos coincidían en esta tendencia maximalista⁵¹³. Desgraciadamente la tendencia ha continuado, pues gobiernos y oposiciones han ido de la mano en casi todas estas reformas trascendentales. Esta es la tendencia, y los índices de reincidencia no se reducen, aunque sí los derechos ciudadanos.

3. Situación actual

Como vemos, en la actualidad se vive un momento de crisis en los modelos penales; en general, no se sabe qué modelo es el más adecuado porque tampoco se sabe a qué finalidad tiene que adecuarse. En la doctrina se percibe confusión y

habitantes (se pasó de 44.956 internos a 76.079), mientras que la población del país sólo creció un 17,84%.

Y esta evolución ha situado a España como uno de los países de la Unión Europea con mayor número de personas en centros penitenciarios, cuando, cosas del destino según el Gobierno se encarga de reiterar, somos unos de los países con menor índice de delincuencia.

Algunos han llegado a afirmar que el problema no era de España, sino del resto de los países y que las diferencias se deben a que aquí los delincuentes están en la cárcel y no en la calle. La explicación no me parece muy afortunada y no creo que merezca mayores comentarios.

Ahora parece que algo empieza a cambiar y 2010 ha visto disminuir la población penitenciaria un 2,93% (73.849 internos había a último día del año). Una buena noticia para un sistema penitenciario que estaba viéndose colapsado y con poco margen de maniobra, pues los tiempos de crisis no parecen el mejor momento para abordar nuevas infraestructura y las proyectos necesitan de tiempos para su construcción. Además, las reformas legales parecen haber puesto el freno de mano a esa política de “tolerancia cero” y los cambios en los delitos contra la seguridad pública y contra la seguridad de tráfico hacen pensar que en 2011 la población penitenciaria volverá a experimentar una nueva reducción (los cambios entraron en vigor en diciembre de 2010, por lo que es preciso esperar un tiempo para ver sus efectos).

⁵¹³ SÁEZ VALCÁRCEL, R., “El nuevo código: maximalismo penal”. En *Jueces para la Democracia* nº 26, Julio de 1996, págs. 3-7

desconcierto que, en definitiva, esconden una situación en cuyo seno se está gestando un modelo distinto, aunque quizá no tan “nuevo”. Muchos cuestionan el principio de intervención mínima⁵¹⁴ del derecho penal, por considerarlo obsoleto o al menos insuficiente en la sociedad de riesgos⁵¹⁵ en que hoy en día vivimos. Otros⁵¹⁶ se atreven a formular teorías que retiran la categoría de personas a determinados individuos considerados enemigos para la sociedad. Y también, quizás ajenos a las demandas sociales, otros continúan defendiendo con ahínco los pilares básicos del Derecho Penal tradicional garantista⁵¹⁷.

La política de tolerancia cero, inicialmente puesta en marcha en Estados Unidos, se ha extendido también al continente europeo⁵¹⁸. Al respecto, señala **Silva Sánchez** que el movimiento de “ley y orden” no es nuevo, pues fue adoptado

⁵¹⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”. *Jueces para la Democracia* n° 49, Marzo, 2004., pág. 26: “Este modelo ya nos da las claves para interpretar los recientes cambios político-criminales, por la sencilla razón de que éstos obedecen a una nueva forma de configurar y modelar el control social penal. De ahí que las críticas que se hacen desde el garantismo a recientes decisiones legislativas penales se pierden en el vacío de la incompreensión social”.

⁵¹⁵ BEK, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, 1998. Este autor profundiza en el concepto de sociedad de riesgos.

⁵¹⁶ JAKOBS, G., *Derecho Penal del Enemigo*, Madrid, 2003

⁵¹⁷ DEL ROSAL BLASCO, B., “¿Hacia el derecho penal de la postmodernidad?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. RECPC 11-08(2009).

⁵¹⁸ BERGALLI, R., “Las funciones del sistema pena en el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídica”. En *Sistema penal y problemas sociales*. Valencia. 2003, pág. 76: “en los tiempos presentes Europa está viviendo un período de suma gravedad en el campo de los derechos y las garantías fundamentales. En primer lugar, por la preocupación que se dispensa a ciertos fenómenos como la inmigración y al crecimiento de la criminalidad. Ambos no son tratados en el análisis de sus causas estructurales y se recurre a utilizarlos como elementos de difusión de alarma social. En segundo lugar, por la dispersión de un sentimiento de angustia provocado por el ataque del 11 septiembre de 2001(...)”

por primera vez en Estados Unidos en los años 60⁵¹⁹. En este orden de cosas, se observa una mayor preocupación por los fines de prevención general asegurativa en detrimento de los fines de prevención especial, consubstanciados en los ideales de rehabilitación o resocialización del penado. Para ilustrar esta tendencia retribucionista, basta con verificar que actualmente se han puesto en marcha varias iniciativas político-legislativas orientadas a la ampliación del rol de conductas delictivas; endurecimiento de penas e incluso en el ámbito de la ejecución de condenas⁵²⁰.

Esta doctrina de tolerancia cero, consiste en la constatación de que, por detrás de la tendencia al endurecimiento de la respuesta penal, está el uso político-ideológico del discurso de la seguridad. De modo que, apoyado por la ola de miedo o indignación que despierta en la opinión pública el recrudecimiento de la delincuencia callejera, el llamado “populismo punitivo o penal” acaba por encontrar, en la reforma y endurecimiento del sistema penal, una respuesta fácil y barata a la creciente demanda punitiva⁵²¹.

En este contexto, han ganado terreno las teorías de orientación retributiva. Desde esta concreta perspectiva, se

⁵¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, J. M^a., *La expansión del Derecho penal- aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 2001, págs. 66-69

⁵²⁰ Un estudio detallado de las reformas de naturaleza penal introducidas en el sistema criminal español, en POLAINO NAVARRETE, M., *La reforma penal española de 2003*, Madrid, 2004.

⁵²¹ Al respecto, MIRANDA ESTRAMPES, M., “El populismo penal penal (análisis del modelo penal securitario)”, en *Jueces para la Democracia*, N° 58, pág. 44, advierte que «vivimos, como evidencia Cancio Mellá, en un auténtico *clima punitivista* que se caracteriza por un incremento cualitativo y cuantitativo en el alcance de la criminalización como único criterio político-criminal»; Véase también LARRAURI, E. “Populismo punitivo... y cómo resistirlo”. En *Jueces para la Democracia*, N° 55, marzo/2006, págs. 15-22; ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., “*El nuevo modelo de política criminal*” y DÍEZ RIPOLLES, J.L., “La víctima del delito en la política criminal y el derecho penal”, ambos en *Jueces para la Democracia*. N° 57, Noviembre, 2006, págs. 18-32 y 33-35 (respectivamente)..

observa en la actualidad que la ciencia del Derecho penal se está decantando por lo que la doctrina más crítica ha denominado como “Derecho penal del enemigo”, la cual, a modo de síntesis, se caracteriza esencialmente por cuatro aspectos: 1) amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, cambio de la perspectiva del hecho producido por la del hecho que se va a producir; 2) falta de reducción de la pena en proporción a dicho adelantamiento; 3) paso de la legislación de derecho penal a la legislación de la lucha para combatir la delincuencia y 4) supresión de garantías procesales. Como consecuencia de todo ello, en el plano de los fines de la tutela penal, se aleja de la función de resocialización a la cual se orientaba de modo preferente el pensamiento penal después de la 2ª Guerra Mundial⁵²².

De esta forma se ve justificada la necesidad de anteponer el derecho a la seguridad frente a las libertades y se ve legitimado el recorte de las garantías que las protegen. Como bien observa **Silva Sánchez**, vivimos en una sociedad con hipersensibilidad al riesgo, de la cual ha derivado una verdadera obsesión por la seguridad⁵²³. Si se toma en serio el tema de la seguridad es necesario antes de nada diferenciar el tratamiento a ser dispensado a la lucha contra los crímenes gravísimos – como el terrorismo, tráfico de estupefacientes o el crimen organizado –, del tratamiento que se debe conferir a los demás crímenes, especialmente a los que comprenden el grueso de la delincuencia callejera o de masas. Este aspecto cobra especial

⁵²² JAKOBS, G., “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”, en VVAA., MUÑOZ CONDE, F. (coord.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Valencia. 2004, págs. 56-57. Afirma que la pena puede estar referida a la seguridad de los bienes o algo similar; la seguridad de los bienes o la prevención del delito están en una relación con la pena demasiado elástica como para poder pasar por funciones de ésta. La pena se debe entender más bien como marginalización del hecho en su significado lesivo para la norma y, con ello, como constatación de que su existencia normativa no ha cambiado; la pena es la confirmación de la identidad de la sociedad, esto es, de la existencia normativa, y con la pena este – si se quiere- fin de la pena se consigue siempre».

⁵²³ JAKOBS, G., *op. cit.*, págs. 53-64, 32 y ss.

importancia cuando se trata de sentar las premisas de las cuales se debe partir a la hora de evitar los efectos meramente simbólicos que antes se ha mencionado y que inciden en el plano de las reformas penales y procesales penales llevadas a cabo en la actualidad⁵²⁴.

De modo que, es posible concluir, aunque con carácter previo, que la preocupación extremada por la seguridad, objeto de discusión de forma reiterada y generalizada, en el marco de elaboración de los programas político-gubernamentales implementados tanto en el continente americano como en el europeo, atiende más bien a reforzar el denominado “populismo punitivo” que informa las reformas puestas en marcha en este sector⁵²⁵. Es decir, el discurso de la seguridad ha sido acogido en su totalidad por amplios sectores del espectro político con independencia de su posición ideológica⁵²⁶.

El discurso de la seguridad fortalecido a raíz de los atentados ha servido para solapar las verdaderas causas que están por detrás de la adopción de políticas cada vez más restrictivas en sectores de la criminalidad que trascienden el ámbito de la delincuencia terrorista, para alcanzar y acotar

⁵²⁴ SILVA SÁNCHEZ, J. M^a., *La expansión del Derecho penal- aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 200, págs.21, advierte que «no es infrecuente que la expansión del Derecho penal se presente como producto de una especie de perversidad del aparato estatal, que buscaría en el permanente recurso a la legislación penal una (aparente) solución fácil a los problemas sociales, desplazando al plano simbólico (esto es, al de la declaración de principios, que tranquiliza a la opinión pública) lo que debería resolverse en el nivel de lo instrumental (de la protección efectiva).

⁵²⁵ En este sentido SILVA SÁNCHEZ, J. M^a ., *La expansión del...*, *op. cit.*, págs. 69-73; WACQUART, L. *op. cit.*, pág. 132-138.

⁵²⁶ En este sentido, señala MIRANDA ESTRAMPES, M., “El populismo penal (análisis del modelo penal securitario”. *Jueces para la Democracia*, N^o 58, pág. 45, que «el diseño de este tipo de estrategias no es exclusivo de las políticas neoliberales o conservadoras, sino que en los últimos tiempos también es utilizada desde posiciones de izquierda, especialmente desde amplios sectores de la socialdemocracia, que tratan de obtener, también, parte de las ganancias electorales que ofrecen este tipo de estrategias.

derechos y libertades relacionados con otra clase de delincuencia convencional (“callejera”).

Es cierto que la demanda social de una mayor protección atiende, en buena medida, a una preocupación real con el incremento de los riesgos que caracterizan las sociedades postindustriales. No obstante, también es innegable que este sentimiento ha sido en buena medida utilizado y retroalimentado por ideologías políticas conservadoras que están por detrás, por ejemplo, del movimiento de tolerancia cero, y que han sido fomentadas por los medios de comunicación de masas⁵²⁷. Pero, no se trata de defender, conforme alerta **Silva Sánchez**, que el miedo a la criminalidad lo crean los medios de comunicación o las instituciones públicas, sino que ellos “refuerzan o estabilizan miedos ya existentes”⁵²⁸.

En efecto, esta demanda refuerza una tendencia a la adopción de políticas criminales de carácter meramente formal y simbólico del sistema de Justicia penal. Por tanto, hay que dar la debida importancia a esta demanda de mayor seguridad y, para ello, hace falta alejarse de las estrategias alarmistas.

Por otro lado, como ya se ha puesto de relieve, la demanda de mayor seguridad suele venir vinculada al endurecimiento de la respuesta penal. Pero, como bien observa **Bergalli**, el hecho de que en la actualidad se verifique la necesidad de adecuar los sistemas penales a la nueva demanda

⁵²⁷ Sobre este tema WACQUART, L., *op. cit.*, págs. 60-74.

⁵²⁸ SILVA SÁNCHEZ, J. M^a., *La expansión del...*, *op. cit.*, págs. 40. Según señala MIRANDA ESTRAMPES, M., “El populismo penal (análisis del modelo penal securitario)”, en *Jueces para la Democracia*. Nº 58. Pág. 45, “muchas veces esta invocación al Derecho Penal corre paralela a una orquestración mediática encaminada a la criminalización de determinados segmentos o grupos sociales (inmigrantes ilegales, miembros de bandas juveniles, jóvenes pertenecientes a movimientos ocupas o antisistema, *homeless*...), con una lata carga estigmatizante, que pretenden crear en la sociedad una falsa apariencia de inseguridad ciudadana. Y esta estrategia se utiliza luego como coartada política para la utilización del Derecho Penal con efectos pretendidamente balsámicos, esto es, con un carácter puramente simbólico”.

de control punitivo – volcada más bien en los derechos colectivos que en los derechos subjetivos, no supone justificar que deba intensificarse el poder represivo, por medio de un mayor control penal. En efecto, son varios los estudios que demuestran que no existe ningún elemento que permita concluir que las tasas de violencia estén relacionadas con la severidad del castigo. Más bien todo lo contrario, es decir, los estudios llevados a cabo en este sector han comprobado que la mayor severidad de la respuesta penal en nada influye sobre la disminución de las tasas de criminalidad, lo que sirve para demostrar la ineficacia de medidas represivas sobre todo en lo que corresponde al control de la criminalidad de masas. En otras palabras, como bien observa este autor *“no por agravar las penas o endurecer los recursos procesales se va a contener una criminalidad o una inseguridad que, como pretendo haberlo demostrado, se origina en circunstancias que nada tienen que ver con la naturaleza o la esencia punible de ciertas conductas”*.⁵²⁹

Actualmente, la prisión se ha convertido en una *institución total* con objetivos cada vez más complejos y contradictorios. Más complejos, porque además de proteger a la sociedad, debe conseguir modificar la conducta y actitudes del delincuente favoreciendo su reinserción social; más contradictorios, porque debe conciliar el mantenimiento del orden y la seguridad con las exigencias de un tratamiento orientado a la adquisición por los reclusos de un sentido de la responsabilidad, en un medio donde incluso las actividades humanas más simples están reglamentadas. Son muchos los que apuntan que el internamiento en prisión, lejos de resolver problemas, los incrementa, pues en la cárcel, generalmente, se

⁵²⁹ BERGALI, R., “Las funciones del sistema penal...”, págs. 25-82 y 73, que: “la justificación para un reclamo de mayor dureza se explica mediante las altas cotas de inseguridad y de criminalidad que se revelarían por medios estadísticos y cuantitativos que casi con exclusividad se elaboran en las instancias policiales. Estos recursos de medición, más allá de su cuestionable viabilidad como tales, jamás pueden ser analizados o contrastados por la investigación orientada”.

adquieren estilos de vida nocivos, se pierden aptitudes para vivir en libertad y se reduce considerablemente la capacidad de responsabilidad en el propio destino. Hay que tomar en consideración que en la prisión confluyen intensos factores negativos, que difícilmente pueden ser contrarrestados por la eficacia positiva del sistema:

-La prisión es un mundo limitador, donde el internado se ve obligado a cambiar sus hábitos de vida y a adoptar otros que le son impuestos coactivamente.

-El recluso tiene que vivir en un ámbito reducido de espacio, con personas con las que acaso jamás se hubiera relacionado en su vida libre. La convivencia de varios reclusos en una misma celda se traduce en conflictos personales dentro de la prisión.

-El tiempo en la prisión no es solamente un tiempo cronológico, sino también un “tiempo psicológico”, que influye en la personalidad de los internos, y en ocasiones, les hace perder el hábito de vivir en libertad, produciéndose una auténtica deformación de la personalidad, conocida con el nombre de “prisionización”.

-La privación de libertad constituye un factor criminógeno. Las tensiones, la holganza forzada, el contacto con delincuentes profesionales, los problemas de la sexualidad reprimida, pueden llevar al recluso a pensar que la única salida de su vida está en la ilegalidad, es decir, en la oposición a un sistema social que condena a los hombres a la despersonalización. La prisión constituye una auténtica subcultura, con sus normas, su lenguaje y su sistema de valores propios.

-La prisión es nociva para la familia del penado, sobre todo cuando se ve privada de los ingresos del cabeza de familia; para la víctima, que de ordinario no puede percibir la responsabilidad civil ante la insolvencia del penado; para el Estado, a quien a pesar de todo, las prisiones le representan un gasto considerable; para la sociedad, a quien frecuentemente se le devuelven sujetos que reinciden en el delito con facilidad.

A pesar de todo, la opinión pública continúa demandando la prisión, y una prisión severa para los delincuentes que amenazan su seguridad. La situación del sistema penitenciario es una paradoja: no se renuncia a esta pena, cuyos fundamentos son muy cuestionados.

4. La ejecución penitenciaria

Según **Blanco Lozano** y **Tinoco Pastrana** en los centros penitenciarios, por falta de medios e incentivos materiales y humanos, muy escasamente se reeduca y reinserta al delincuente, sino más bien todo lo contrario. La única responsable de todo ello es la Administración que no parece dispuesta a invertir ni apostar lo suficiente para que el art. 25.2 de la Constitución deje de ser, en la práctica, mero papel mojado⁵³⁰, pero esto no es así porque en los últimos años la Administración Penitenciaria ha apostado muy fuerte por la potenciación del régimen abierto, y prueba de ello ha sido el incremento de las clasificaciones de los penados en régimen abierto que han pasado del 14 a casi el 20% de los penados clasificados⁵³¹, la creación de más de treinta centros de inserción social (CIS) por toda España, así como la implementación de nuevos programas de tratamiento en medio abierto. Además, hay que señalar otros avances significativos:

-El crecimiento de libertades condicionales.

-La potenciación de las diversas modalidades del tercer grado: internos que sólo pernoctan en el Centro, aquellos que viven en un piso externamente (fundamentalmente, Unidades de Madres) enfermos que viven en pisos de acogida, salidas a programas educativos, etc.

⁵³⁰ BLANCO LOZANO, C., y TINOCO PASTRANA, A., *Prisión y resocialización*, Madrid., 2009, págs. 38-39

⁵³¹ Datos de la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias a 31 de marzo de 2011.

-El aumento geométrico del uso de los medios telemáticos. Alrededor del 30% de los clasificados en tercer tienen aplicado el art. 86.4 RP.

-Los programas psicológicos en el exterior, así como los programas de inserción laboral y social, orientados a la búsqueda de empleo⁵³² (esta finalidad tiene, por ejemplo, el

⁵³² Desde Instituciones Penitenciarias tienen varios programas de reinserción laboral cuyo fin es asesorar en la búsqueda de un puesto de trabajo. Para ello, se les proporciona información básica sobre las relaciones laborales y la organización de las empresas, al tiempo que se les educa en la prevención de riesgos laborales.

Estos programas engloban actividades de formación para el empleo, adquisición de experiencia laboral a través de talleres, orientación laboral, acompañamiento para la inserción laboral y apoyo para el autoempleo. Solo durante el año 2009 se desarrollaron 72 módulos en las cárceles españolas de "Formación y Orientación para el Empleo" en los que participaron un total de 1.080 internos.

Un estudio realizado recientemente por la Fundación Atenea destaca que el 32,4% de las personas que entraron en prisión estaban en paro antes de su ingreso y el 35,8% solo contaba con recursos procedentes de la economía sumergida. Este estudio también destaca otro dato relevante y es que solo un 5% de los reclusos en España tiene estudios universitarios.

Hay que destacar que en muchos casos sí que es posible la reinserción laboral. Así se desprende de un estudio realizado a nivel europeo por el Centro de Investigación sobre Estudios del Trabajo y Vida Cotidiana de la Universidad Autónoma de Barcelona sobre el éxito de las políticas de reinserción de expresos.

El estudio se basó en las trayectorias laborales de 3.225 antiguos internos de nacionalidad española en libertad definitiva en Cataluña entre los años 2004 y 2007. De todos ellos, un 43,6% consiguió alguna ocupación con alta en la Seguridad Social, frente a un 33,4% que no y un 22,9% de los casos, que reincidió.

Los datos en Andalucía también son positivos como las historias de las aproximadamente 12.000 personas que durante la última década han pasado por el Servicio Unificado de Renovación y Generación de Empleo y que han conseguido un trabajo, a través del cual, han logrado salir de la situación de riesgo de exclusión social en la que vivían. De ellos, unos 2.800 contratos se han realizado en los dos últimos años, en 2009 y 2010.

Otra de las herramientas que se ha demostrado más efectiva ha sido el cumplimiento de la pena en medio abierto. El medio abierto alberga un

programa SAL del Organismo Autónomo Trabajos Penitenciarios), promoción de actitudes prosociales, responsabilidad familiar, autonomía, perseverancia, tolerancia ante la frustración y preparación del tránsito a la calle para que el desfase entre pretensiones y realidad sea el menor posible. Desde el año 2011 se ha sustituido el programa SAL por el de "Reincorpora",⁵³³.

importante segmento de población reclusa que, cumpliendo condena, se encuentra en un proceso acreditado de inserción social.

Las personas clasificadas en tercer grado de tratamiento disfrutan de un régimen de vida que permite la excarcelación motivada diaria para su integración social, utilizando los recursos comunitarios existentes. Es decir, el preso puede salir a trabajar fuera de la cárcel y regresar a dormir a su celda.

Según los datos aportados por Instituciones Penitenciarias, en el segundo semestre de 2011, un total de 2.318 presos consiguieron un trabajo remunerado en régimen de tercer grado. "Este dato correspondería a un 42% del total de la población en medio abierto, no sobre la población activa.", explica Santos Rejas, Subdirector General de Medio Abierto.

⁵³³ El programa 'Reincorpora' que se desarrolla en centros penitenciarios y centros de inserción social se enmarca en el nuevo modelo que la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias desarrolla desde 2004 para favorecer la reinserción social y laboral de las personas que cumplen condena de privación de libertad. Desde el año 2006, la Obra Social de La Caixa, a través del programa de becas para internos de centros penitenciarios, ha facilitado la formación profesional en centros educativos fuera de los recintos penitenciarios con el fin de contribuir a la mejora de las competencias profesionales de los internos y permitir su integración laboral. Estas becas cubrían el coste de los estudios, los traslados, la manutención y una remuneración mensual. Desde el presente año se lleva a cabo el programa 'Reincorpora', a partir de la experiencia acumulada con el programa de becas, para apoyar la voluntad de cambio de los internos mediante oportunidades a través de la formación, la intermediación y el acompañamiento. De esta manera, se ofrece una intervención integral que contempla todos los aspectos que han provocado el proceso de exclusión, de manera que se implica a la persona en el propio proceso. Para realizar el programa 'Reinserta' se lleva a cabo una valoración inicial de las capacidades, las necesidades y las dificultades de cada persona para establecer objetivos, prioridades y compromisos. Además, esta evaluación permite identificar los aspectos no laborales que pueden condicionar el itinerario y establecer acciones adicionales y compromisos.

Como reconoce la n° 57 de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos: “El fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra el crimen”; y ello sin perjuicio de que, como a continuación expresa dicha Regla, “Sólo se alcanzará este fin si se aprovecha el periodo de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo”. En todo caso, como ha declarado el Tribunal Constitucional (Sala Segunda), en los Autos 198 y 199 de 1995, de 3 de julio, las sentencias “claman por ser cumplidas como exigencia implícita a la eficacia de la tutela judicial”.

La ejecución de la pena es una fase más del proceso penal, la última, y en función de la cual se diseñan todas las etapas que le preceden, de tal manera que cuando el Estado materialice el poder del castigo sea de forma legítima.

En relación con el momento de fijación o determinación de la pena, **Ferrajoli** señala que el juzgador únicamente debe establecer la cantidad y no la calidad de la pena –pues la pena es abstracta y debe ser igual para todos- y lo debe hacer en función de la gravedad del hecho, para lo que necesariamente no debe realizar una valoración subjetiva, exigiéndosele que detalle y concrete sus motivos, limitándose en su contenido al hecho cometido⁵³⁴. Esta afirmación también es importante considerarla pues la invocación a esa igualdad en la calidad de la pena es fundamental en su propuesta de Derecho penitenciario.

El Derecho penitenciario se define como el conjunto de normas jurídicas que regulan la ejecución y el cumplimiento de

⁵³⁴ FERRAJOLI, L., *op. cit.*, pág. 406: ... *a los fines de la connotación están excluidas consideraciones o juicios en materia de prevención o de defensa social: puesto que dentro de un sistema garantista la función judicial no puede tener otros fines que la justicia del caso concreto, el juez no puede proponerse finalidades de prevención general que harían de cada una de sus condenas una sentencia ejemplar. Por otro lado, la limitación de la valoración equitativa a la comprensión del hecho enjuiciado vale para excluir que conforme a ésta pueda tener relevancia penal la conducta personal del imputado*”.

las sanciones penales⁵³⁵, básicamente de las sanciones privativas de libertad, pues el encierro ha sido y sigue siendo, el principal mecanismo de control social formal utilizado por el sistema de justicia. Una disciplina moderna que se fortaleció sobremedida con la elaboración de las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos, por parte de la Organización de las Naciones Unidas en 1955 y el movimiento renovador de los sistemas penitenciarios correspondiente⁵³⁶, que impulsó en muchos países el establecimiento del régimen penitenciario progresivo y el apogeo de las denominadas “*ideologías-RE*”⁵³⁷ como finalidad de la pena: *resocialización*, *reeducación*, *rehabilitación*, *reinserción*, *reintegración*, etc., en muchas ocasiones reconocida incluso con rango de norma constitucional.

El Derecho penitenciario tiene entre sus tradicionales principios informadores el de la *flexibilidad de la pena* o *indeterminación parcial de la ejecución*⁵³⁸. Al menos hasta hace poco tiempo venía siendo así, porque ordinariamente se establece una serie de *recompensas* o *beneficios* en función de motivar, estimular o incentivar al individuo a realizar esfuerzos

⁵³⁵ GARCÍA VALDÉS, C., “Introducción al Derecho Penitenciario Español: notas sistemáticas”, en COBO DEL ROSAL (director), *Comentarios a la Legislación penal*, Madrid. 1986, T. VI, vol. I, p. 4. En el mismo sentido, MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales...*, Barcelona. 1983; GONZÁLEZ CANO, M^a.I., *La ejecución de la pena privativa de libertad*, Valencia. 1994; CERVELLO DONDERIS, V., *Derecho...*, op. cit., .1^a y 2^a Ed.

⁵³⁶ Sobre el desarrollo del Derecho penitenciario, su autonomía científica y relación con el Derecho penal y la penología, consultar a TAMARIT SUMALLA, J. M^a, GARCÍA ALBERO, R., RODRÍGUEZ PUERTA M^a. J. y SAPENA GRAU, F., *Curso...*, op. cit., 2^a Ed., Valencia, 2005, págs. 19-26.

⁵³⁷ De esa forma se conoce en la doctrina latinoamericana el conjunto de denominaciones de la prevención especial positiva de la pena: *resocialización*, *reeducación*, *repersonalización*, *reintegración*, *reinserción*, etc., ZAFFARONI, RAÚL, “Los objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales”, en BINDER ALBERTO Y MAIER, JULIO (compiladores), *El Derecho Penal hoy*, Homenaje al Prof. David Baigún, Buenos Aires, 1995, pág. 183.

⁵³⁸ Al respecto, SANZ DELGADO, E., *Regresar antes...*, op. cit., pág. 16.

para alcanzar una serie de medidas regimentales que le permitirían adelantar su regreso del encierro –indultos, amnistías, permisos de salidas, libertad condicional, descuentos por trabajo o buena conducta, y otras medidas de acortamiento de la condena o reducción del tiempo de internamiento⁵³⁹. **Ferrajoli** realiza un análisis de las prisiones y su dinámica, desde los presupuestos y objetivos del Derecho penal mínimo, planteando una serie de críticas y una propuesta de Derecho penitenciario distinta. Esta propuesta por lo peculiar de su premisa central: el *rechazo* al principio de flexibilidad en la ejecución de la pena desde postulados garantistas. Este autor considera que el estado actual de la ejecución penal y la dinámica del Derecho penitenciario tradicional son antiliberales, porque su diseño y práctica no respetan la estricta legalidad y producen el vaciamiento de las garantías penales y procesales, así como el menoscabo la dignidad humana⁵⁴⁰.

Para **Ferrajoli** la concepción de la pena como un *medio* es un rasgo común de todas las doctrinas relativas o utilitaristas (desde las *correccionalistas* –prevención especial positiva-, a las de *incapacitación* – prevención especial negativa-, de *integración* –prevención general positiva- o las de *intimidación general* - prevención general negativa-). Todas estas ideologías se orientan a valorar más las características del sujeto sancionado que el hecho cometido y promueven el uso del Derecho penal, no sólo para prevenir delitos sino también para transformar las personalidades “*desviadas*” de acuerdo con proyectos autoritarios de homologación o alternativamente de neutralización. La pena asume la forma de un tratamiento que apunta a la transformación o neutralización y la reeducación hacia los valores dominantes, lo que impone una aflicción al sujeto y constituye una lesión a su libertad moral. Estas

⁵³⁹ La doctrina señala que el impulsor del carácter premial del Derecho penitenciario, es Jeremy Bentham, a finales del Siglo XVIII, con su proyecto Panóptico y el sistema de incentivos y recompensas. Sus principales planteamientos en *Tratados de Legislación Civil y Penal*, 1821, edición de MAGDALENA RODRÍGUEZ, M., Editora Nacional, 1988, págs. 541-571.

⁵⁴⁰ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón...*, *op. cit.*, pág. 263

ideologías constituyen un menoscabo a la libertad interior del detenido y su derecho de ser y permanecer tal y como es. Considera además que en todo caso *el fin pedagógico o de resocialización no es realizable*. Por el contrario, las cárceles son un lugar altamente criminógeno de formación e incitación al delito. La educación es incompatible con la represión y aunque el utilitarismo ha sido respaldado por buena parte de la cultura jurídica contemporánea, es una postura incompatible con el principio de la libertad, el respeto a la persona y la autonomía de la conciencia. El correccionalismo atenta también contra los principios fundamentales del Estado de Derecho como el de igualdad, respeto a las diferencias y la tolerancia a *todos*, incluso a la personalidad más perversa y enemiga⁵⁴¹.

De las diferentes posiciones del utilitarismo, la única que sí resulta rescatable es la de la *prevención general* de los delitos, pero por sí misma no es suficiente como justificación y legitimación, pues podría dar base a una extralimitación del sistema en función de asegurar ese objetivo, por lo que señala **Ferrajoli** que ese argumento debe complementarse con otra finalidad, concretamente la prevención de las penas arbitrarias o desproporcionadas. En resumen, se propone una doble finalidad del Derecho penal y las penas: la prevención del delito y la prevención de las penas *arbitrarias*, justificándose el monopolio de la potestad punitiva únicamente en la medida que la violencia producida por el sistema penal sea menor que la que se produciría en completa anarquía punitiva. De esta forma, flexibilización y severidad mediante penas elevadísimas se retroalimentan y justifican mediante un círculo vicioso y perverso, justificándose recíprocamente⁵⁴².

Según **Ferrajoli** esta situación es un problema o defecto estructural –penas elevadísimas-, y más que buscar un remedio –modificación de los plazos de encierro- debería eliminarse el defecto, disminuyendo en sede legal las penas destinadas a ser reducidas en la fase ejecutiva, pues después de veinte años de

⁵⁴¹ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón...*, op. cit., pág. 267

⁵⁴² FERRAJOLI, L., *Garantismo...*, op. cit., pág. 206

flexibilidad se ha duplicado la población carcelaria y aunque así no fuera, le parece absurdo disponer legalmente de penas severas para posteriormente desmentirlas con una serie de medidas de indulgencia discrecional. La severidad en la imposición y la indulgencia en la ejecución, así como la diferencia entre la pena impuesta y la efectivamente cumplida, le resultan una especie de esquizofrenia que responde a una doblez de la política penal en la búsqueda de dos finalidades inconfesadas –ambas incompatibles con su modelo garantista de Derecho penal-: el carácter ejemplar y simbólico que se da con la imposición de la condena y no solo con la amenaza legal; y el carácter correctivo y disciplinario de la prisión. Esa mutación de la pena produce la *disolución de la legalidad* y otorga a las instituciones punitivas un *carácter potestativo y totalizante*⁵⁴³.

La flexibilización de la pena además implica la *duplicidad del trabajo* pues la pena en primer lugar debe determinarse en función del delito y posteriormente redeterminarse por parte de las autoridades encargadas de la ejecución –administrativas o judiciales-, y esta vez en función del comportamiento del sujeto en la cárcel, lo que otorga un poder desmesurado que hace de la sanción penal una pena arbitraria que compara con las sanciones premodernas: “*Esta doble función de la pena –ejemplar en el momento de la condena, disciplinaria y compromisoria en el momento de la ejecución- confiere por lo demás a las instituciones punitivas un carácter fuertemente potestativo y totalizante... Se confiere así a éstos órganos un poder inmenso e incontrolado: la pena, cuantitativamente flexible y cualitativamente diferenciada en sede de ejecución no es menos despótica, en efecto, que las penas arbitrarias premodernas, de las que difiere solamente porque el arbitrio, en lugar de agotarse en el acto de su*

⁵⁴³ En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), señala la necesidad de reducir al máximo las potestades discrecionales de los órganos del Sistema penal de tal forma que todo esté fijado por la ley; Corte IDH, caso Baena Ricardo y otros, sentencia de 02 de febrero de 2001, serie C, N° 72, párrafo 107.

irrogación, se prorroga durante todo el curso de su aplicación.”⁵⁴⁴.

Así, el sistema de justicia tal y como funciona en la práctica de la mayoría de Estados –excesivo uso de la pena de prisión y penas muy altas coexistiendo con un tratamiento y una serie de beneficios penitenciarios que permiten reducir el periodo del encierro- produce una pena desigual, atípica e incierta y la disolución de sus garantías básicas: la legalidad y la jurisdiccionalidad, su abstracta igualdad y certeza: *“De este modo, la pena no es ya retribución “igual”, sino tratamiento diferenciado, con fines de readaptación del condenado a modelos eticopolíticos de normalidad social; no es ya una sanción típica con contenido taxativamente predeterminado por la ley, sino una medida de contenido variable e indeterminado; y su naturaleza y medida no están vinculados a presupuestos de hecho a su vez predeterminados legalmente y comprobados judicialmente, sino decididos discrecionalmente –poco importa si por la autoridad carcelaria o por los jueces de vigilancia- sobre la base de la observación científica de la personalidad del condenado...La transformación de la pena en práctica pedagógica y en sometimiento disciplinario se ha llevado a cabo, además de con la individualización del tratamiento, con el auxilio de un completo mecanismo persuasorio integrado por sanciones y beneficios... De este modo el recluso, sujeto pasivo de la represión, se ha convertido en sujeto activo de la auto-represión, al que se pide que colabore en la violencia que se proyecta sobre él y que se haga merecedor de premios y beneficios penitenciarios, dando pruebas cotidianamente de su progresivo arrepentimiento... La coerción moral tiende a sustituir a la coerción física; el condicionamiento persuasivo de la conciencia, a la dureza de las condiciones de vida; la observación y la sumisión de las almas, a la vigilancia y disciplina de los cuerpos. Lo que no evita que también en la nueva cárcel pervivan formas de vejación, aunque diferenciadas y especializadas; ni que, por otra parte, la cárcel disciplinada,*

⁵⁴⁴ FERRAJOLI, L, *op. cit.*, pág. 408. En el mismo sentido en *Garantismo...*, págs. 204-205

prefigurada normativamente, conviva, en muchos casos, con la cárcel salvaje, dominada por mafias internas y caracterizada por la máxima inseguridad para la vida y los demás derechos de los reclusos."⁵⁴⁵.

Someter al privado o privada de libertad a un marco de decisiones relativas a su fuero interno –que como tal considera inverificables-, le genera a éste la total pérdida de expectativas y una gran incertidumbre. En esas condiciones, el preso pierde la libertad completamente, pues su destino queda en manos de otra persona y a su arbitrio, dinámica con la que *se le cosifica y lesiona su dignidad*⁵⁴⁶. De esta manera, *con la flexibilización la sanción la pena pierde el carácter de abstracta y genérica y se convierte en una medida incierta*, de contenido variable e indeterminado, ajena a los fines constitucionales de la igualdad y certeza que le deben regir⁵⁴⁷.

Otro elemento nocivo de este principio es que acentúa *el carácter selectivo y desigual del sistema penal*, pues los criterios predominantes utilizados para resolver la procedencia o no de los beneficios son complemente clasistas porque más que el hecho y la conducta del sujeto, se pone atención a sus perspectivas laborales o civiles, que obviamente son mejores para quienes gozan de un mayor nivel económico o de educación. El vaciamiento de las garantías que la práctica penitenciaria produce, se acentúa cuando en lugar de cárceles iguales para todos, se permite la existencia de centros de reclusión de distinto tipo, unos con mayor grado de seguridad y contención que otros, lo que permite la clasificación de las personas detenidas según el supuesto grado de peligrosidad, valoración subjetiva normalmente endosada no a las autoridades judiciales sino a las penitenciarias, que se realiza por lo general

⁵⁴⁵ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón...*, *op. cit.*, pág. 722.

⁵⁴⁶ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón...*, *op. cit.*, pág. 723.

⁵⁴⁷ FERRAJOLI, L., *Garantismo...*, *op. cit.*, pág. 409

al margen de situaciones objetivas como el delito o algún otro argumento fáctico⁵⁴⁸.

Ferrajoli considera que las diferenciaciones que permite y reproduce el sistema penitenciario bajo su finalidad de prevención especial, reeducativa o resocializadora y el sometimiento del sujeto al tratamiento, impone en la práctica una separación entre pena y delito donde se le da mayor trascendencia no a lo que hizo el sujeto sino a su personalidad, desplazándose el modelo de Derecho penal de hecho por un modelo que en la ejecución parece más de Derecho penal de autor, en detrimento de las garantías básicas: “...*han decaído los caracteres de igualdad, abstracción, certeza y determinación legal que eran propios de la pena privativa de libertad en su modelo liberal. Cárceles especiales, regímenes especiales y diferenciados, tratamientos personalizados, clasificaciones por grados de peligrosidad, medidas alternativas y otras formas de premios o castigos han modelado hoy la pena sobre la concreta personalidad del condenado y, más a menudo, del imputado: sea por el predominio que han asumido las funciones correccionales de la prevención especial, sea sobre todo porque incluso el tratamiento penal ha sido cometido a la lógica del amigo/enemigo, que exige severidad de la pena tasada conforme al grado de irreductibilidad o de arrepentimiento o, si se quiere, de irrecuperabilidad o de recuperación social del detenido concreto. Es así como a la pena de privación de libertad personal se añaden penas en las penas, o a la inversa premios en las penas, una y otros atípicos, extralegales y extrajudiciales, no vinculados ya al delito sino inmediatamente al reo y discrecionalmente dispensados por vía sustancialmente administrativa*”⁵⁴⁹

⁵⁴⁸ Este factor contribuye notablemente a agravar la atipicidad y la imprevisibilidad de los contenidos de la detención. Dos siglos después han mejorado las condiciones de las cárceles pero no ha cambiado sino que incluso se ha agravado, la indeterminación del castigo. (FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón...*, op. cit., págs 204-205).

⁵⁴⁹ FERRAJOLI, L, *Derecho y razón...*, op. cit., págs. 823-824.

Todas estas desigualdades reflejan, para **Ferrajoli** la crisis del principio de estricta legalidad en las penas, sobre todo en donde esas modificaciones no se encuentren ni siquiera legalmente establecidas⁵⁵⁰. De esta manera, la flexibilidad en la pena significa finalmente para este autor el vaciamiento del juicio y de las propias garantías penales y procesales y por lo tanto, aunque inicialmente renunciar a la misma puede considerarse un coste, para él constituye más bien una ventaja que incluso hasta le otorgaría más eficacia disuasoria a la pena. Desde el marco de un Derecho penal mínimo y contra la flexibilidad de la pena, propone la *garantía de la certeza de la duración de la pena*. Para el autor esta garantía constituye un factor de mitigación de la ejecución penal, sobre todo porque esa certeza es esencial para la tranquilidad y el bienestar del sujeto condenado y además porque una pena cierta e infalible tiene mayor efecto disuasorio que una pena incierta⁵⁵¹.

La imprevisibilidad del contenido de la privación de libertad que se genera con la incertidumbre de los beneficios confiados a la discrecionalidad de las autoridades penitenciarias, otorga a la sanción penal *un carácter arbitrario y desigual, como tal violatorio de la dignidad humana*, razones suficientes para deslegitimarla y erradicarla.

Desde la concepción de una pena determinada e inflexible, en función de asegurar la legalidad, la libertad y la certeza, el periodo de reclusión solo podrá ser modificado ante hechos sobrevinientes y previstos legalmente: *“En todos los casos, la pena establecida por el juez en el momento de la condena deberá permanecer cierta y no modificable si no es por hechos sobrevinidos y taxativamente preestablecidos por la ley: como, por ejemplo, los relativos a la salud del condenado.”*⁵⁵².

⁵⁵⁰ Sobre la crisis del principio de legalidad, controles ineficaces y la ilegalidad del poder, FERRAJOLI, L., *op. cit.*, págs. 15

⁵⁵¹ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón...*, *op. cit.*, pág. 410

⁵⁵² FERRAJOLI, L., *Derecho y razón...*, *op. cit.*, pág. 420

En síntesis, **Ferrajoli** propone desde su *teoría del garantismo*, la renuncia a los objetivos de prevención especial positiva de la pena “*la ideología RE*”, o sea: a los objetivos de resocialización, reinserción o reeducación; en su lugar establece que el Derecho penal y la sanción deben procurar dos objetivos básicos: la prevención de los delitos y la prevención de penas arbitrarias o desproporcionadas. En función de garantizar la certeza necesaria para gozar de seguridad y libertad mínima, renuncia a la flexibilización de la pena y opta por la transformación de los beneficios penitenciarios, de tal forma que queden como penas alternativas de los delitos menos graves y como penas accesorias de los más graves, mas no bajo la discrecionalidad del juez de vigilancia o el funcionario penitenciario, sino como consecuencia necesaria o automática, una vez transcurrido un periodo determinado de la reclusión, garantizando así el carácter abstracto e igualitario de la sanción para todos los ciudadanos.

La crítica a la flexibilidad de la ejecución de la pena ya ha tenido un importante eco en la doctrina comparada. Así, en Italia se ha reprochado el “reformismo penitenciario”, que tiene como idea central la flexibilización, atentatoria contra los principios de certeza, efectividad, e igualdad de la pena, al ser corresponsable de la transformación del Derecho penal en su 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 constitucional⁵⁵³.

⁵⁵³ MARGARA, A., “Controllo di racionalità ed escusioni penale”, en *Diritto penale controllo dei racionalità e garanzie del cittadino*, Padova, 1998, pág. 226 y ss. El autor 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. Citado en TAMARIT SUMALLA, J. M^a, GARCÍA ALBERO, R., RODRÍGUEZ PUERTA M^a J. y SAPENA GRAU, F., *Curso...*, op. cit., 2^a Ed., Valencia, 2005, pág. 49.

Desde nuestro punto de vista es objetable la renuncia a la resocialización y a las finalidades de prevención especial positiva de la pena, siempre que por “*ideologías RE*” no se comprenda la imposición de tratamiento ni modificación de la personalidad del individuo, sino la obligación del Estado de brindar al sujeto las prestaciones sociales que probablemente nunca le aseguró previo a su ingreso a prisión, sobre todo lo relacionado con la atención a su educación, capacitación laboral y el efectivo respeto de sus derechos fundamentales⁵⁵⁴. Ciertamente que la resocialización no es un argumento técnicamente válido de justificación de la pena –porque desde un deber ser no pueden justificarse las razones por las que existe la pena- pero eso no hace que tenga que excluirse también como finalidad. Como tal incluso es un elemento valioso para evaluar el cumplimiento de los objetivos de las tareas del sistema de justicia, sobre todo cuando de lo que se trata al final de cuentas es de encargarse de un grupo de ciudadanos que en su mayoría no han sido atendidos por el Estado hasta ese momento.

A **Ferrajoli** le resulta intolerable la disposición de cualquier actividad pedagógica o correctiva durante el cumplimiento de la pena, sin embargo esta defensa a ultranza de la libertad y el respeto de la libre autodeterminación de la persona detenida parece olvidar que la mayoría de las personas presas no llegan a la cárcel por convicción y decisión personal, sino sobre todo por la influencia de toda una serie de factores sociales, culturales y económicos. Es acertada la posición del autor que rechaza la concepción de un correccionalismo o utilitarismo dirigido a transformar coactivamente la personalidad del individuo y su escala de valores⁵⁵⁵. Sin embargo, defendemos que es necesaria la finalidad resocializadora de la pena en un Estado Social y Democrático de Derecho, como es el nuestro, asegurando con ello, siempre que

⁵⁵⁴ Sobre resocialización y la democratización de las relaciones internas en prisión, MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios...*, op. cit., Barcelona, 1983, pág. 160

⁵⁵⁵ FERRAJOLI, L., op. cit., págs. 263-267.

sea posible, que el penado tenga la opción de retornar a la comunidad con la capacidad de vivir sin delinquir, quedando siempre garantizado, como ocurre en nuestra legislación, la opción de rechazar el tratamiento penitenciario impuesto contra la voluntad del mismo.

Por esta razón consideramos que al menos, como propone **Zaffaroni**⁵⁵⁶, es válido rescatar la oportunidad del Estado de atender a esta población y aprovechar el periodo de encierro para brindar más que un tratamiento un *trato digno* a los detenidos, garantizando su vida, su integridad física y psíquica y realizando un esfuerzo para que la prisión resulte lo menos deteriorante posible y se reduzca los niveles de vulnerabilidad⁵⁵⁷ de la población penal de tal forma que al regresar no se vea desestructurado socialmente reforzado por el sistema de justicia penal. No se trata de mejorar los valores ni interferir en su consciencia sino sólo enseñarle a abstenerse de delinquir.

Discrepamos de **Ferrajoli** cuando indica que la principal razón que justifica la flexibilidad de la pena y los beneficios penitenciarios es el alto monto de las sanciones y que prescindiendo de esa hipocresía institucional –imponer penas altas para luego atenuarlas- la pena obtiene un carácter más disuasorio. El surgimiento de los beneficios penitenciarios se remonta a casi los orígenes mismos del penitenciarismo y se justifican en razones de humanismo, para todas las penas

⁵⁵⁶ ZAFFARONI, RAÚL, *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, 2002, pág. 892-895. El autor critica las ideologías “RE” por considerar que tienen un alto fondo autoritario al intentar interferir y modificar las opciones de las personas sin embargo reconoce que la prevención especial positiva sigue vigente en el penitenciarismo latinoamericano, así como en Europa, Japón y Canadá, sobre todo por disposiciones constitucionales vigentes y ante esa situación es válido al menos reinterpretar el concepto de readaptación social y no comprenderlo como el reingreso del sujeto como un ser moralmente superior sino de conformidad con criterios de interpretación progresiva.

⁵⁵⁷ Sobre la prisión como una “*clínica de la vulnerabilidad*”, CESANO, JOSÉ DANIEL. “Legalidad y control judicial. Construcción de garantías para lograr un ‘trato humano’ en prisión. Reflexiones a partir de la realidad argentina”, en *Boletín mexicano de derecho comparado*, N° 118 (2007), p. 27

independientemente de los montos de la sanción. No es cierto que los beneficios penitenciarios justifiquen la imposición de penas elevadas y prueba de ello es que actualmente las tendencias expansivas del Derecho penal, y sobre todo del denominado *Derecho penal del enemigo* promulgan el aumento de penas y la reducción de los beneficios. Respecto de un posible efecto reductor de la prevención general, debe responderse que en la población donde el Derecho penal sí funciona como amenaza, la existencia o no de beneficios no resultará tan relevante porque el eventual ingreso a prisión es lo que genera el efecto amenazante. La reducción de la pena que estos beneficios suponen no es tan grande como para poder influir sobre el efecto preventivo-general.

a) La discrecionalidad de la Administración

Se critica por parte de otros autores la arbitrariedad con que la Administración Penitenciaria concede el tercer grado y, la discriminación en su concesión⁵⁵⁸. Respecto a la arbitrariedad, sí que es cierto pero debemos saber que la discrecionalidad (no confundir con la arbitrariedad) va unida a la ejecución penitenciaria. Y en esa gran discrecionalidad que tiene la Administración Penitenciaria⁵⁵⁹ entran en juego conceptos jurídicos indeterminados que serán valorados por esta administración, y en última instancia, por los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, amparados por el principio de independencia judicial (art. 117.1 C.E.)⁵⁶⁰ Hay que saber diferenciar entre la discrecionalidad y la arbitrariedad, que sí hay que entender como vulneración del principio de legalidad. Hay miedo a que el tercer grado deje vacío de contenido las

⁵⁵⁸ MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “El cumplimiento de las penas...”, *Actualidad penal*, N° 1, 2003, págs. 206 y 207

⁵⁵⁹ CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho...*, *op. cit.*, 1ª Ed, 2001, págs. 217-233

⁵⁶⁰ ESPINOSA RAMOS, J.A., “La reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: luces y sombras”, *Revista de derecho y procesal penal*, N° 11, 2004, págs. 24 y 25

condenas, pero esta posibilidad se ve conjurada por el hecho de que el art. 107 RP que obliga a que las resoluciones clasificatorias en tercer grado sean puestas de manifiesto al Ministerio Fiscal en los tres días siguientes de la fecha de su adopción. Sin embargo nosotros no estamos de acuerdo porque la intervención del Ministerio Fiscal no es suficiente para garantizar la intervención jurisdiccional. No olvidemos la naturaleza del Ministerio Fiscal en España, impregnado por los principios de jerarquía (124 CE). Imaginemos que el Gobierno conviene en la concesión del tercer grado a un determinado grupo terrorista, como ya ha ocurrido en algunos casos, tales resoluciones administrativas, serían puestas en conocimiento del Ministerio Fiscal, pero, como bien dice Martínez Zandundo, la interposición del recurso pertinente dependería de las instrucciones dadas por el Fiscal General del Estado, evitando que el JVP se pronunciara⁵⁶¹.

La expansión del derecho penal en todos sus ámbitos – penal, penitenciario y procesal-, auspiciada por la cada vez más palpable quiebra de la división de poderes y acompañada de una tendencia real encaminada al control político de la independencia judicial⁵⁶². Este control se materializa a través de las nuevas normas penales que reducen ampliamente el arbitrio decisorio. Está claro que estas reformas legislativas están inspiradas en una profunda desconfianza hacia los jueces⁵⁶³. El legislador de la LO 7/2003 limita la discrecionalidad de la Administración y de Jueces de Vigilancia en la toma de decisiones en materia de ejecución penitenciaria y, por tanto, el sistema de individualización científica también se ve afectado por esta reforma puesto que se restringen posibilidades de

⁵⁶¹ MARTÍNEZ ZANDUNDO, C., “El periodo de seguridad: génesis y evolución. ¿Una vuelta al sistema progresivo?”, *Revista electrónica de doctrina y jurisprudencia*, consultada 17/8/2006.

⁵⁶² RÍOS MARTÍN, J. C., *Reflexiones sobre la LO 7/2003: incremento de la violencia punitiva*, Universidad Comillas.

⁵⁶³ TAMARIT SUMALLA, J. M^a., “Sistema de sanciones y política criminal”. Un estudio de Derecho comparado europeo, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, consultada 30/8/2007, pág. 5

actuación penitenciaria. Decimos que se limita la discrecionalidad de la Administración Penitenciaria y del JVP porque para acceder al tercer grado cuando hay que cumplir el periodo de seguridad es necesaria la autorización del JVP para su levantamiento pero a su vez es *requisito preceptivo* el informe de pronóstico favorable de reinserción social (art. 36.2 *in fine*). No cabe duda que los nuevos requisitos establecidos son en realidad medidas que limitan la discrecionalidad del JVP en la apreciación de la prognosis favorable de reinserción social en orden a la clasificación del penado⁵⁶⁴. Si bien es cierto, como dice **Cervelló Donderis**⁵⁶⁵, esta reforma ha aumentado la “fiscalización” judicial de la administración penitenciaria en materia de clasificación en tercer grado.

Compartimos la crítica de **Ferrajoli** de que en la práctica penitenciaria normalmente es amplísimo el poder discrecional que se otorga a los funcionarios penitenciarios y judiciales para resolver la procedencia o no de beneficios e incluso muchas veces los criterios varían completamente de una cárcel a otra, de un pabellón al otro o de un circuito judicial a otro, y que esa situación genera incertidumbre, un trato desigual y lesiona la dignidad del preso. Sin embargo, consideramos que lo que produce esa nociva incertidumbre, no es la existencia de beneficios sino la forma arbitraria como se resuelven los mismos⁵⁶⁶.

⁵⁶⁴ LEIVA TAPIA, J., "Retroactividad de la LO 7/2003", *Revista ATIP* (Asociación Técnicos IIPP), N°1 2004, pág.16

⁵⁶⁵ CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho...*, *op. cit.*, 2ª Ed. págs. 75-94

⁵⁶⁶ En el mismo sentido, TOSSELI, NICOLÁS. “Pautas para la supervivencia de un régimen progresivo de ejecución de la pena en la República de Argentina”, en FELLINI, ZULITA. (directora), *Derecho penal de ejecución penal*, Buenos Aires. Hammurabi, 2006, pág. 269, y ALDERETE LOBO, R., “La judicialización y el principio de legalidad en la ejecución penal”, en *Revista de derecho penal y proceso penal*, N° 2, 2004, pág. 441.

b) Ejecución penitenciaria y principio de legalidad

La solución no está en suprimir los beneficios penitenciarios y muchos menos el régimen abierto sino en asegurar la efectiva vigencia del principio de legalidad en la ejecución penal, procediendo a disminuir la discrecionalidad de las autoridades competentes, regulando y limitando sus atribuciones⁵⁶⁷ y potenciando las facultades del JVP y el control de legalidad: *“...cabe proponer un amplio debate que por supuesto involucre no sólo a los estudiosos de la cárcel en sus distintos niveles disciplinarios, sino también a los deferentes implicados en su funcionamiento (funcionarios, jueces, fiscales). Dicho debate debería estar orientado a reconducir la única posibilidad viable para que la institución penitenciaria no siga siendo el ámbito donde la Administración mantenga la última palabra para decidir sobre la permanencia de los condenados. Esa posibilidad está dada con la limitación al máximo de la discrecionalidad de la Administración o del juicio a los técnicos. Esto únicamente podría lograrse con un potencialismo de las capacidades de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria y con un desarrollo integral de la posible actividad del Ministerio Público.*

El Estado de Derecho surgió históricamente ante una concentración y ejercicio arbitrario de poder. Se establece como una fórmula garante del respeto de la dignidad de todo ser humano, asegurando un trato igual bajo condiciones semejantes, principio que se garantiza con la sujeción de la autoridad estatal a la ley y la Constitución. De esa obligación no debe eximirse a las autoridades penitenciarias. El someter a la administración penitenciaria a reglas previas dictadas por el Poder Legislativo, y no a normas autoimpuestas ni a un amplio poder de discreción, por más complicado que sea el control de las cárceles, es una necesidad que se impone, al menos si se pretende un Estado de Derecho que no diferencie por condición social o calidad jurídica y un Estado de Derecho que rechace toda acción

⁵⁶⁷ En el mismo sentido, TOSELLI, NICOLÁS, *op. cit.*, pág. 441.

arbitraria. Los muros de la prisión no deben impedir el paso al principio de legalidad. Nada justifica una excepción de la legalidad en las prisiones, ni la existencia de una “*zona de no derecho*”⁵⁶⁸ en un Estado de Derecho. Al contrario y por las consecuencias que el encierro produce, en la cárcel se requiere asegurar sólidamente la sujeción de la autoridad administrativa a requerimientos y procedimientos previamente establecidos por una autoridad superior, pues está de por medio la libertad ambulatoria de la persona, su dignidad y sus derechos fundamentales⁵⁶⁹.

Tal y como lo señalan las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos –de las Naciones Unidas–, es recomendable procurar la incorporación paulatina del sujeto a la sociedad, de tal manera que no se le exponga abruptamente a la comunidad; por lo cual, consideramos que el hecho de poder modificar la modalidad de cumplimiento de la sanción durante el transcurso de su ejecución no transforma la pena en incierta e indeterminada, siempre que el privado o privada de libertad conozca el máximo de tiempo que podría estar recluso y se le brinde la información y la asesoría necesarias sobre los momentos en que podría optar por un régimen más favorable, los requisitos necesarios, sus posibilidades, expectativas así como sobre los medios de impugnación en caso de una respuesta desfavorable a su gestión.

Ferrajoli considera que los beneficios penitenciarios y la mutación de la pena producen la disolución de la legalidad y convierten a la prisión es una institución potestativa y totalizante, porque esa flexibilidad *cosifica* al condenado, que de esa manera queda comprometido con la pena y una vez encarcelado no tiene una pena cierta que cumplir sino un

⁵⁶⁸ RIVERA BEIRAS, I., “La doctrina de las relaciones de sujeción especial en el ámbito penitenciario (la zona del ‘no derecho’)”, en MUÑAGORRI LAGUÍA, I., RIBERA BEIRAS, I., y PINTO DER MIRANDA RODRÍGUEZ, A., *Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción*, Barcelon, 2000, pág. 401

⁵⁶⁹ RIVERA BEIRAS, I., *La doctrina...*, *op. cit.*, pág. 404

mañana incierto que negociar día a día con los funcionarios de instituciones penitenciarias⁵⁷⁰ y por esa razón en lugar de la flexibilización de la pena y como un factor de mitigación de la ejecución penal, propone la *certeza de la duración de la pena*, garantizando así la libertad interior del sujeto frente al arbitrio, su bienestar personal y el respeto a su dignidad personal. No estamos de acuerdo con este autor porque no creemos que la mutación de la pena convierta la prisión en una institución totalizante, ni que sea la causa del vaciamiento de las garantías, sino que esto es así por la naturaleza misma de la cárcel. En otras palabras, la prisión no se convierte sino que es una institución totalizante⁵⁷¹. Su dinámica ontológica disminuye muchos de los derechos del privado y privada de libertad, sobre todo porque asegurar la limitación de la libertad ambulatoria implica la restricción simultánea de muchos otros derechos y porque bajo el encierro se despersonaliza al ser humano obligándosele a depender prácticamente para todo de autorizaciones o permisos de la autoridad administrativa, cual si fuera una persona incapaz o que no puede valerse por sí mismo. Más que la incertidumbre que generan los beneficios penitenciarios, es el propio encierro lo que oprime y angustia a la persona y con o sin beneficios penitenciarios la cárcel seguirá siendo una institución totalizante por la concentración de poder en manos de la administración penitenciaria y el sometimiento del preso a esa autoridad. Aún en un sistema penitenciario donde los beneficios o la progresividad fueran automáticos o de pleno derecho, el sujeto no tendría más que la certeza de su fecha de regreso pero su vida seguiría llena de incertidumbre porque en prisión la persona no puede valerse por sí misma y en todo caso, su ubicación penitenciaria y las posibilidades o no de regresos o salidas por razones excepcionales como enfermedad, muerte de familiares u otro motivo, siempre serán inciertas pues dependerán de la decisión de sus custodios.

⁵⁷⁰ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón...*, op. cit., pág. 409.

⁵⁷¹ Sobre las instituciones totales, GOFMAN, IRVING, *Internados: ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, Buenos Aires, 1994, pág. 51

Rechazamos la idea de **Ferrajoli** de suprimir los beneficios penitenciarios como solución al *vaciamiento de garantías que el encierro significa*, porque hay garantías suficientes que le aseguren al sujeto que la sanción impuesta se cumplirá con objetividad, de conformidad con lo dispuesto por la ley. Sólo la efectiva vigencia del principio de legalidad ejecutiva y la existencia de un control judicial fuerte y accesible al penado, puede asegurar una mayor certeza de sus expectativas, quedando con ello garantizado el principio en la ejecución de las penas, con o sin beneficios penitenciarios.

5. Conclusiones

1ª. La delincuencia es un acto personal frustrado pero, a la vez, es un fracaso de la sociedad. El delincuente es el que delinque pero la sociedad tiene su parte de responsabilidad que no debe soslayar. En principio la pena es la retribución expiatoria de un delito por un mal proporcionado a su culpabilidad. La dificultad nace cuando se estudia la finalidad de la sanción penal. Si la finalidad es el castigo, el fundamento de la pena es la represión, pero si la finalidad del castigo es que el delincuente no vuelva a realizar más hechos delictivos, el fundamento es la prevención. Por tanto la finalidad tanto represiva como la preventiva deben conjugarse, incluso en sede penitenciaria, pero en este ámbito se debe dar prioridad a la posibilidad de que los penados puedan reinsertarse. Como decía César de Beccaria en su obra “De los delitos y las penas”, en cuanto las características de las penas, deben durar el menor tiempo posible y ser lo menos duras que se pueda, y “*el peso de la pena y la consecuencia de un delito debe ser la más efectiva para los otros y la menos dura posible para quien la sufre*”⁵⁷².

2ª. Actualmente existe disparidad de criterios en relación a la pena de prisión: desde el deseo de retribución y la necesidad

⁵⁷² DE BECCARIA, CESARE, *Tratado de los delitos y de las penas*, Traducción al español por D. Juan Antonio de las Casas, Edición de 1774. Madrid.

de seguridad hasta quienes propugnan la abolición de la pena de prisión, pasando por posturas reformistas, que abogan por mantenerla sólo para los delincuentes más violentos y peligrosos, o quienes apuestan por un trabajo de mediación infractor-víctima o por programas terapéuticos de intervención correctamente diseñados.

3ª. Las críticas que el concepto de reinserción social ha recibido estriban en la paradoja que supone educar para la libertad en un medio de no libertad y de coacción. Se dice que la reinserción social no vendrá nunca separando al hombre de la sociedad con muros, zanjas, rejas, etc. No cabe duda que con el régimen abierto caen los muros y las rejas, puesto que el interno está en contacto permanente con su medio familiar, social y laboral.

4ª. Otra finalidad resocializadora es evitar la desocialización puesto que la pena de prisión conlleva efectos negativos inherentes al encierro. Por tanto, se trata de atenuar la desocialización lo más posible, y para conseguirlo no cabe duda que el régimen abierto es un gran antídoto ante los perjuicios que del encarcelamiento puedan derivarse. Por lo cual durante la ejecución de la pena se debe evitar que el interno rompa las relaciones con el mundo exterior para lo que es fundamental fomentar el contacto del recluso con el mundo exterior, y todo ello en base al art. 25.2 CE. Por ello el futuro se ha de orientar a la recuperación del espíritu resocializador de la prisión que tiene como pilares inquebrantables el fomento de alternativas, la humanidad del cumplimiento, los contactos con el exterior, una duración respetuosa con la dignidad humana⁵⁷³.

5ª. El régimen abierto se basa en el aumento de la confianza depositada en el interno por su evolución positiva en el tratamiento, le concede ciertas cuotas de libertad y responsabilidad⁵⁷⁴, lo que permite una progresiva integración en

⁵⁷³ CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho...*, *op cit.* 2ª Ed., págs. 217-233

⁵⁷⁴ Que se incrementa en función de la cuota libertad concedida. La confianza concedida y la responsabilidad que asume en el caso de un permiso de dos días no es la misma que en la libertad condicional. Ejemplos tomados de

la comunidad⁵⁷⁵ y, al mismo tiempo, una evaluación del proceso de re-integración⁵⁷⁶. El interno debe tener la oportunidad de poner en práctica las nuevas capacidades adquiridas durante el periodo en prisión y de mantener el contacto con el entorno social que le es propio (evitando así, en la medida de lo posible, su desocialización)⁵⁷⁷. Por este motivo se debe fomentar el acceso al tercer grado, los permisos de salida, las visitas, etc.

6ª. Uno de los grandes errores que puede cometer la Administración Penitenciaria es pretender utilizar el régimen abierto para paliar la masificación de las prisiones ordinarias. Uno de los objetivos de la Administración Penitenciaria es conseguir que un 25% de los penados estén clasificados en tercer grado, y de éstos, otro 25% debe estar con control telemático. Como bien dice, **Vega Alocén**⁵⁷⁸, forzar el porcentaje de terceros grados de manera artificial choca con la

ARRIBAS LÓPEZ, E., “Reflexiones en torno a los fines de la pena y a los regímenes de cumplimiento de la pena en prisión”. *Revista Poder Judicial*, N° 77, 2005, pág. 66.

⁵⁷⁵ Véase JUANATEY DORADO, C., “La ley de Medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, y los principios constitucionales del Derecho Penal”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N° 9, 2004, pág. 11. También ARRIBAS LÓPEZ, E. “Reflexiones en torno a los fines de la pena y a los regímenes de cumplimiento de la pena en prisión”. *Revista Poder Judicial*, N° 77, 2005, pág. 65.

⁵⁷⁶ “Es por eso necesario que las salidas empiecen con permisos ordinarios de muy corta duración, con muchas medidas de control y con un intenso seguimiento posterior de sus efectos sobre el penado para ir aumentando, posteriormente, su duración antes de plantear siquiera la progresión al tercer grado; así, de forma paulatina y gradual, puede irse validando el pronóstico originariamente realizado y, en base el mismo, actuar con mucha mayor seguridad” (ARRIBAS LÓPEZ, E., “Reflexiones en torno a los fines de la pena y a los regímenes de cumplimiento de la pena en prisión”, *Revista Poder Judicial*, N° 77, 2005, pág. 67).

⁵⁷⁷ FUENTES OSORIO, J. L., “Sistema de clasificación penitenciaria y el “período de seguridad” del art. 36. CP”. *Revista para el análisis del derecho InDret* 1/2011, pág. 11

⁵⁷⁸ VEGA ALOCÉN, M., *El tercer grado...*, op. cit., pág. 107

realidad penitenciaria. Potenciar la clasificación en tercer grado, hasta el punto incluso de equiparlo al segundo, presenta dos riesgos: una regresión masiva de grados (más quebrantamientos de condena, añadido nuestro) y la desnaturalización de la pena privativa de libertad. Para nosotros lo más desastroso de esta situación sería que de lugar que se devalúe tanto el régimen abierto que llegue ser equiparado con el régimen ordinario (“cajón de sastre”) al que accedan muchos penados no capacitados para hacer vida en semilibertad.

7ª. Concluyendo, lo que no debe hacer la Administración Penitenciaria es aplicar con carácter general el régimen abierto puesto que sólo debe ser aprobado a los internos que estén capacitados para vivir en semilibertad, de lo contrario podría convertirse en un salida artificiosa de libertades “anticipadas e indebidas” vulnerando la legislación penitenciaria⁵⁷⁹.

⁵⁷⁹ En este punto queremos dejar constancia de lo manifestado al respecto en el VIII Congreso de la Sección Sindical Estatal de IIPP CCOO en la Ponencia sobre los Centros de Inserción Social en IIPP (27/1/2011). Según este sindicato existe una política de apertura desaforada e improvisada de CIS, sin dotación de medios materiales y humanos adecuados, basada en una paradoja y ahí se encuentra la raíz del problema: por una parte la administración socialista fomenta el "todos a la cárcel" a través de reformas del Código Penal, mientras que, por otro lado, clasifica internos en tercer grado sin cumplir los requerimientos científicos y legales y los destina a los CIS con el único objetivo coyuntural y político de vaciar los Centros de cumplimiento que previamente ha llenado.

1. Según este sindicato la situación de los CIS es preocupante y por varias causas:

- Modificación de la población penitenciaria que se destina a los centros de inserción social. Por un lado, aumento de internas e internos clasificados en segundo grado y, por otro, internos de tercer grado que no cumplen los criterios de esa clasificación. Así es fácil encontrar, en los CIS actuales, internos con perfil de segundo grado, sin acogida, con trastornos psiquiátricos, sin pago de responsabilidad civil, multireincidentes, con causas pendientes de expulsión, o con consumo activo de drogas.
- Aplicación de nuevos criterios de clasificación impuestos por la Administración Penitenciaria en un plan ("Estrategias de potenciación del régimen abierto") que, al parecer, exige su puesta en práctica con la mayor urgencia y mínima publicidad. El objetivo de dicho plan es modificar los criterios científicos y legales exigidos hasta ahora, para acceder al tercer

grado de clasificación con el fin de acelerar la reducción de la población de los centros ordinarios de cumplimiento, en detrimento del medio abierto.

- Aumento de incidentes en los CIS. Lo que antes era excepcional ahora es frecuente, el número de incidentes regimentales se ha disparado, así como el consumo de drogas, la tenencia de armas blancas o, incluso, las agresiones a funcionarios y funcionarias. Las evasiones y no reingresos, las agresiones y robos entre internos, el consumo de drogas, el tráfico y venta de orina para superar la analíticas, el consumo de alcohol, las peleas o las denuncias de extorsión, forman parte del nuevo paisaje de los CIS. Para este sindicato el deterioro que se produce en los centros de inserción social puede conducir al fracaso del modelo abierto (...).

CAPÍTULO IV: LA CLASIFICACIÓN EN TERCER GRADO: REQUISITOS LEGALES Y PROCEDIMIENTO

A. CLASIFICACIÓN PENITENCIARIA

En sentido amplio puede hablarse de tres tipos distintos de clasificación o de tres acepciones diferentes de esta expresión, distinguiéndose entre la clasificación de establecimientos penitenciarios (arts. 6 a 11 LOGP), la clasificación interior o separación penitenciaria de los internos y de la clasificación de los penados en sentido estricto⁵⁸⁰.

Pueden distinguirse tres tipos de establecimientos penitenciarios de carácter general: de preventivos, de cumplimiento de penas y especiales. Los centros de cumplimiento se dividen en cerrados, ordinarios y abiertos. Los establecimientos especiales son de tipo hospitalario, psiquiátricos y de rehabilitación social. En el RP de 1996 se crean lo que denominan establecimientos *polivalentes* a los que pueden ser destinados internos de cualquier situación procesal y penitenciaria, pero separados en departamentos o módulos diferentes.

Antes de abordar el tema de la clasificación penitenciaria, nos referiremos a una cuestión que está muy relacionada con la misma y que, a veces, se confunde con ésta, es la llamada separación o ubicación penitenciaria dentro de cada establecimiento penitenciario⁵⁸¹. La separación penitenciaria, también denominada clasificación interior en el art. 280.2.9ª, queda dentro de las funciones del Director del establecimiento siendo éste a quien le corresponde decidirla, significa la

⁵⁸⁰ GONZÁLEZ CANO, Mª I., *La ejecución....., op .cit.*, pág. 321

⁵⁸¹ CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho...., op. cit.*, 1ª Ed. 2001, pág. 120

agrupación de los reclusos en atención principalmente a sus peculiares condiciones personales en determinados Establecimientos y su división en grupos homogéneos en el interior de los mismos, con el fin de evitar el contagio y la promiscuidad⁵⁸². Para evitar esta confusión, o quizá contribuyendo a incrementarla se regulan ambas en el Título IV del Reglamento Penitenciario bajo el enunciado “De la separación y clasificación penitenciaria”. El capítulo I de este título se denomina “Separación de los internos”, y en su único art. el 99 RP, se fijan los mismos criterios generales que establece el art. 16 LOGP. Según este artículo se procederá a la separación penitenciaria, teniendo en cuenta el sexo, emotividad, edad, antecedentes, estado físico y mental y, respecto de los penados, las exigencias del tratamiento. Como consecuencia de estos criterios:

a) Los hombres y las mujeres deberán estar separados, salvo en los supuestos excepcionales que reglamentariamente se determinen.

b) Los detenidos y presos estarán separados de los condenados y, en ambos casos, los primarios de los reincidentes.

c) Los jóvenes, sean detenidos, presos o penados, estarán separados de los adultos en las condiciones que se determinen reglamentariamente.

d) Los que presenten enfermedad o deficiencias físicas o mentales estarán separados de los que puedan seguir el régimen normal del establecimiento.

e) Los detenidos y presos por delitos dolosos estarán separados de los que lo estén por delitos de imprudencia.

En el RP de 1996 se introdujeron dos importantes excepciones, una permite que determinados jóvenes pueden ser destinados a departamentos de adultos, y la otra se refiere a la posibilidad de existencia de departamentos compartidos por

⁵⁸² NISTAL BURÓN, J. "Clasificación de los internos: especial referencia a los FIES", *Derecho y Prisiones Hoy*, Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, pág.85

hombres y mujeres (mixtos), pues si bien en el citado art. 16 de la LOGP se establece como principio general que personas de ambos sexos deben estar separadas en prisión, también permite que reglamentariamente se regulen supuestos excepcionales, pero el RP de 1981 no recogió ninguna excepción.

Establece el art. 99 del RP de 1996 que conforme a lo establecido en el artículo 16 LOGP, los internos serán separados en el interior de los Establecimientos teniendo en cuenta, con carácter prioritario, los criterios de sexo, edad y antecedentes delictivos y, respecto de los penados, las exigencias del tratamiento. Excepcionalmente, hombres y mujeres podrán compartir un mismo departamento previo consentimiento del interno/a. Los jóvenes menores de veintiún años sólo podrán ser trasladados a los departamentos de adultos cuando lo autorice la Junta de Tratamiento, poniéndolo en conocimiento del JVP.

Como vemos el apartado tercero del citado art. 99 RP establece la posibilidad de que hombres y mujeres puedan compartir el mismo departamento por razones de tratamiento (art. 168 RP) y/o familiares (art.172 RP) si bien, debe ser voluntario el ingreso en estos departamentos mixtos.

A nivel penitenciario se consideran jóvenes, los menores de veintiún años y, excepcionalmente, los que no hayan alcanzado los veinticinco años de edad (art. 173 RP). Los jóvenes pueden convivir con los adultos si lo autoriza la Junta de Tratamiento del centro penitenciario, poniéndolo en conocimiento del JVP (art. 99.4 RP). Aquí hemos de señalar que desde la entrada en vigor de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor el 13 de enero de 2001 sólo ingresan en prisión los mayores de dieciocho años como establece el art. 19 del Código Penal, anteriormente el ingreso era a partir de los 16 años.

Pero como dice **Mappelli Caffarena**⁵⁸³ el modelo de clasificación basado en el estudio de la personalidad del interno constituye la alternativa más moderna a los criterios rígidos

⁵⁸³ MAPELLI CAFFARENA, B., "La clasificación de los internos", *Revista de Estudios Penitenciarios*, Nº 236, 1986, Madrid, págs. 1105-106

basados en la edad, el sexo, antecedentes penales y tipo y modo del delito cometido. Llevado a sus lógicas consecuencias, la clasificación es algo más que el simple hecho de separar a los internos en base a una taxonomía.

Para dejar clara la diferencia entre separación y clasificación penitenciaria esta última no debe entenderse sólo como distribución de los penados por grupos análogos en los establecimientos penitenciarios, sino el examen y estudio de la personalidad del penado para su adecuado tratamiento y posterior reinserción social. Es decir, que se realiza la clasificación para elaborar el plan individualizado de intervención que sirva para una vuelta a una vida en libertad sin delitos.

1. Definición

Una vez hechas las anteriores diferenciaciones, podemos definir la clasificación penitenciaria, desde un estricto ámbito jurídico, como el conjunto de actos de la Administración Penitenciaria que concluyen en una resolución que atribuye al penado un grado de tratamiento, o bien, modifica uno asignado anteriormente, destinándolo a un Establecimiento Penitenciario de cumplimiento⁵⁸⁴. Más detalladamente, consiste en el conjunto de actuaciones que la Administración Penitenciaria lleva a cabo, que se inician con la propuesta de grado por parte de la Junta de Tratamiento (órgano colegiado y multidisciplinar del establecimiento penitenciario), y que concluyen con una resolución de la Dirección General IIPP (excepción para condenas inferiores a un año del art. 103.7 RP y los casos de delegaciones de competencias reguladas en el BOE del 3 de mayo de 2010 que regula una profunda remodelación de la gestión penitenciaria, que supone una importante delegación de competencias en los centros penitenciarios, en asuntos

⁵⁸⁴ NIETO GARCÍA, A. J., “Breve guía de la actividad reinsertadora de la administración penitenciaria en la ejecución de las penas privativas de libertad”, *Diario La Ley* Nº 6987, Secc. Doctrina, 11/7/2008, pág. 6

relacionados con la clasificación de los internos, como veremos en el capítulo correspondiente) que atribuye a un penado uno de los grados de la clasificación penitenciaria (clasificación inicial) o se modifica otro grado asignado anteriormente (progresión o regresión de grado) y que determina el establecimiento penitenciario al que debe ser destinado, estableciendo con ello el *status jurídico-penitenciario* del penado⁵⁸⁵ que es susceptible de control jurisdiccional⁵⁸⁶. Es decir, se trata del proceso que finaliza con un acto jurídico-administrativo formalmente emanado por parte de la Administración Penitenciaria, por el que se asigna o modifica un grado de clasificación (art. 64.2 LOGP) del sistema de individualización científica⁵⁸⁷. La clasificación penitenciaria es el instrumento jurídico que confiere sentido al sistema de individualización científica. Así pues, mediante la clasificación se materializa la progresividad en el régimen penitenciario, a mayor progresión de grado, mayor confianza, mayor atribución de responsabilidad y mayor grado de libertad. Por tanto, la clasificación tiene una incidencia directa en la situación jurídico-penitenciaria del interno que se traduce en un mayor o menor número de limitaciones de sus derechos y de su esfera general de libertad como establece el art.65. 2 de la LOGP: “*La progresión en el tratamiento...entrañará un incremento de la confianza depositada en el mismo y la atribución de responsabilidades, cada vez más importantes, que implicarán una mayor libertad*”.

Es importante destacar la diferencia existente entre la denominación *grado de tratamiento*, utilizada en la LOGP y el *grado clasificación* a que se refiere el RP de 1996. Son términos “similares” pero no idénticos, según el art. 59.1 LOGP el *tratamiento* penitenciario consiste en el conjunto de actividades

⁵⁸⁵ En este mismo sentido TAMARIT SUMALLA, J. M^a, GARCÍA ALBERO, R., RODRÍGUEZ PUERTA, M^a. J. y SAPENA GRAU, F., *Curso...*, *op. cit.*, 1^a Ed., Barcelona, 1996, pág. 205

⁵⁸⁶ BONA I PUIVART, REMEI, "Clasificación y tratamiento penitenciario", *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1995, pág. 251.

⁵⁸⁷ GONZÁLEZ CANO, M^a I., *La ejecución...*, *op. cit.*, pág. 321

directamente dirigidas la consecución de la reeducación y reinserción social; por el contrario, el *grado* es una de las cuatro clases que componen o constituyen todo el *status* jurídico-penitenciario de interno-penado, propias o características del sistema de individualización científica personal que proclama la LOGP⁵⁸⁸. Esta diferenciación según **Armenta González-Palenzuela** y **Rodríguez Ramírez**⁵⁸⁹ se debe a que se ha querido en cierta forma desligar grado y tratamiento, y por ello si bien en la LOGP se regulan en el mismo Título III denominado “Del tratamiento”; en el Reglamento Penitenciario se han recogido en títulos diferentes, por un lado, en el Título IV “De la separación y clasificación penitenciaria”, y por otro, en el Título V “Del tratamiento penitenciario”. Parece indicar que esta diferenciación es para producir un mayor acercamiento a la línea seguida en otros países europeos donde se realizan *planes individualizados de ejecución de tratamiento* según la personalidad y evolución del recluso sin asignación de grados y sin afectar al régimen del establecimiento o establecimiento de cumplimiento⁵⁹⁰.

La clasificación es la realidad personal del penado en un momento dado, mientras que el tratamiento constituye únicamente una ayuda para su evolución favorable. Todos los penados han de ser clasificados, pero no todos ellos están sometidos a tratamiento, bien por no necesitarlo, bien por rechazarlo. La clasificación depende, pues, del juicio sobre la personalidad del penado respecto a la actividad delictiva⁵⁹¹.

⁵⁸⁸ BONA I PUIVART, REMEI, "Clasificación y...", *op. cit.*, pág. 253.

⁵⁸⁹ ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V., *op. cit.*, pág. 202

⁵⁹⁰ CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho...*, *op. cit.* 1ª Ed. 2001, pág. 28. En esta misma línea TAMARIT SUMALLA, J. Mª, GARCÍA ALBERO, R., RODRÍGUEZ PUERTA Mª. J. y SAPENA GRAU, F., *Curso...*, *op. cit.*, 1ª Ed., Barcelona, 1996, pág. 37

⁵⁹¹ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Suspensión, sustitución y ejecución de las penas privativas de libertad*, Granada, 2008, pág. 223

La clasificación en grado y Centro Penitenciario de destino de un interno supone el eje motor de la programación inicial o evolución tratamental del recluso⁵⁹². La importancia de la clasificación se encuentra en que de un conjunto de datos psicológicos, sociales, penales y penitenciarios se va deducir una conclusión con efectos jurídicos-penitenciarios⁵⁹³.

2. Naturaleza y fines

La Constitución española en su art. 25.2 establece que las penas privativas de libertad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social; estos fines se deben conseguir mediante el tratamiento penitenciario que según el art. 59 LOGP consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados; y el tratamiento penitenciario se efectúa de forma individualizada y por ello el art. 63 LOGP determina que después de la observación de cada penado, se realizará su clasificación destinándole al establecimiento cuyo régimen (normas de convivencia) sea el más adecuado para la ejecución de su programa específico de tratamiento que se le haya aprobado y, en su caso, al grupo o sección más idóneo dentro de aquél. Por tanto, como hemos visto, la clasificación penitenciaria es la base para la aplicación del tratamiento tendente a posibilitar el logro de los fines determinados constitucionalmente en su art. 25.2.

El Código Penal de 1995 establece en el primer inciso del apartado segundo del art. 3: “Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto”. En este artículo se recoge la denominada *garantía de ejecución penal*, en virtud de

⁵⁹² NIETO GARCÍA, J., “Breve guía...”, *op. cit.*, pág. 6

⁵⁹³ ALARCÓN BRAVO, J., “El tratamiento penitenciario en le primer decenio de la LOGP”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, Extra. Nº 1, 1989, págs. 67-87

la cual la forma de ejecución de penas y medidas ha de ser necesariamente la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan y no de otra. Por otra parte en su art. 36.1 determina: “La pena de prisión (...). Su cumplimiento, así como los beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en la Leyes y en el presente Código”. Este artículo consagra expresamente el *principio de legalidad en la ejecución de la pena de prisión*. Con lo cual nos encontramos que ambos artículos remiten a una *norma penal en blanco* para la ejecución de la pena de prisión⁵⁹⁴, por lo que hay que entender que las remisiones (al igual que la recogida en el art. 990 LECrim.: “Las penas se ejecutarán en la forma y tiempo prescritos en el Código Penal y en los reglamentos”) nos conducen a la LOGP de 1979, y ésta en su art. 72 determina: “Las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica separado en grados, el último de los cuales será la libertad condicional conforme determine el Código Penal.”

Por tanto, con la entrada en vigor de la LOGP de 1979 se sustituyó el sistema progresivo de ejecución de las penas privativas de libertad, donde los grados o períodos tenían carácter objetivos y rígidos; y por ello los penados tenían necesariamente que pasar por todos y cada uno de ellos para alcanzar la libertad condicional, por el de individualización científica. Para **Fernández García**⁵⁹⁵ el sistema de individualización científica no es más que una manifestación de los sistemas progresivos, aunque con ciertas modificaciones sustanciales puesto que se cambian criterios objetivos y rígidos por otros subjetivos y flexibles. En el mismo sentido **Rodríguez Alonso**, mantiene que es un sistema progresivo con peculiaridades propias. Pero entendemos que estas

⁵⁹⁴ Esta misma consideración hace RODRÍGUEZ ALONSO, A., *Lecciones...*, *op. cit.*, 2003, pág. 296. También en RODRÍGUEZ ALONSO, A. y RODRÍGUEZ AVILÉS, J. A., *Lecciones...*, *op. cit.*, pág. 238

⁵⁹⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Coordinador), ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. FERNÁNDEZ GARCÍA, J., SANZ MULAS, N., *Manual...*, *op. cit.*, 2003, pág. 118.

modificaciones son muy trascendentes apareciendo con ello un nuevo sistema de individualización científica que se caracteriza, además de estar basado en la personalidad del interno y en el tratamiento penitenciario, en que éste se puede realizar, con mayor flexibilidad ya que permite al penado ser clasificado inicialmente en cualquiera de los grados excepto el último que es la libertad condicional, si bien desde la LO 7/2003, de 30 de junio, este principio se ha visto modificado puesto que se han establecido determinados requisitos que restringen el acceso al tercer grado, los cuales analizaremos más adelante. Evidentemente esto no quiere decir que el penado esté siempre clasificado en el mismo grado, pues puede ser progresado o regresado según la evolución de su personalidad⁵⁹⁶, en la misma línea el art. 65 LOGP y el 243 RP de 1981 sin variaciones en el art. 106 RP actual. Pero además de la personalidad, la tarea de clasificación se debe basar en variables penales, penitenciarias, personales y sociales, así como también en el análisis de los objetivos y actividades que requiere el programa de tratamiento individualizado de cada penado en el tratamiento penitenciario⁵⁹⁷.

B. EL SISTEMA DE INDIVIDUALIZACIÓN CIENTÍFICA

El denominado de individualización científica arranca de los modelos progresivos instaurados en Europa en sustitución de los modelos de ejecución americanos, que fueron los primeros que surgieron, como tales con la aparición de la pena de prisión –finales del siglo XVIII-. Hasta ese momento, el sistema punitivo no requería de ninguna organización específica para su ejecución, dado el carácter de inmediatez que tenían los castigos de la época. Los sistemas americanos fueron, en concreto, dos: el sistema celular o pensilvánico y el sistema Auburn.

⁵⁹⁶ RODRÍGUEZ ALONSO, A., *Lecciones...*, *op. cit.*, 2003, pág.216

⁵⁹⁷ ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F.J. y RODRÍGUEZ RAMIREZ, V., *op. cit.*, pág. 216

Frente a estos sistemas americanos surgen en Europa los denominados sistemas progresivos que aparecen con un denominador común, que es el de ir disminuyendo la intensidad de la pena, estableciendo fases, cada una con distinto régimen de vida, que van evolucionando hacia estadios más próximos a la libertad. De estos sistemas progresivos deriva el actual sistema penitenciario español denominado de individualización científica. La diferencia con el sistema progresivo radica en que aquel -el progresivo- está basado en unos criterios rígidos, que exigen el transcurso automático de un tiempo mínimo para el acceso de unas fases a otras de las que componen el sistema. Por el contrario, el sistema de individualización parte del principio básico de la no existencia de diferencias en los métodos de tratamiento según las fases pues aquellos --los métodos- no están en función de éstas -las fases- sino de las circunstancias personales de cada interno. Para algunos autores es un sistema progresivo con peculiaridades propias que le diferencian de los tradicionales sistemas progresivos de ejecución penal⁵⁹⁸.

El sistema se llama individualizado porque el cumplimiento de la condena se diseña de forma individual para cada interno a través de la clasificación penitenciaria, en los términos que veremos a continuación. Se llama científico, porque está basado en las ciencias de la conducta y aplicado por especialistas en las mismas: psicólogos, educadores, criminólogos etc⁵⁹⁹.

En la ejecución de la pena de privación de libertad va cobrando cada vez más importancia la forma de cumplimiento que la extensión temporal de la misma, esto trae como consecuencia que la ejecución de la pena se individualiza también cada vez más para convertirse en un sistema más

⁵⁹⁸ RODRÍGUEZ ALONSO, A. , y RODRÍGUEZ AVILÉS, J. A., *Lecciones...*, *ob. cit.*, pág. 237

⁵⁹⁹ NISTAL BURÓN, J., “Qué es el sistema de individualización científica.”, págs. 1-2. 9/6/2012 <http://cj-worldnews.com/spain/>

subjetivo que tenga en cuenta las singularidades de cada sujeto⁶⁰⁰.

Decía **Quintano Ripollés**⁶⁰¹ que las ventajas teóricas de los sistemas progresivos y aun de la experiencia más atrevida de los reformatorios americanos, no deben perderse de vista los riesgos de la generalización y las necesidades del examen individual en cada caso; por lo que los estudios más recientes en la materia aconsejan una primera selección de los detenidos y un estudio lo más detallado posible de su personalidad antes de decidir el tratamiento a seguir, que jamás debe ser apriorístico. Con lo que vino a reconocerse desde el Congreso Penal y Penitenciario de La Haya de 1950, *la decisiva importancia de la individualización*.

Por ello el sistema de individualización científica supuso un gran avance respecto de los sistemas progresivos, dado que incorpora ciertas modificaciones sustanciales. Por un lado, el sistema progresivo clásico se fundamenta más en criterios exclusivamente objetivos a la hora de proceder tanto a la clasificación de grados penitenciarios como a la progresión y regresión de los mismos; en cambio, el de individualización científica tiene en cuenta otros criterios subjetivos dirigidos a considerar las características particulares de cada persona, es decir, a criterios más individualizados, y no podía ser de otra forma dado que este nuevo sistema se basa precisamente en eso, en la individualidad y personalidad de cada penado. Se convierte con ello al tratamiento en el centro de gravedad del sistema. Con el sistema progresivo el penado, a su ingreso, necesariamente tenía que transitar por el primer grado de tratamiento (el más duro, en el que estaban clasificados los internos más peligrosos e inadaptados) antes de pasar al segundo y al tercero para que se le pudiera conceder la libertad condicional. En cambio, con el de

⁶⁰⁰ CERVELLÓ DONDERIS, V., "Los Nuevos criterios de clasificación penitenciaria", *Revista La Ley penal, procesal y penitenciaria*, N° 8, Septiembre 2004, pág. 10.

⁶⁰¹ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Curso de Derecho Pena*, Madrid, 1963, pág. 516

individualización científica y dependiendo de ciertas características de personalidad criminal, adaptabilidad social y otros condicionantes, no es necesario que un penado haya estado clasificado en primer grado de tratamiento, e incluso tampoco en segundo, pudiendo ser clasificado inicialmente en el tercer grado, en el régimen abierto⁶⁰².

El sistema penitenciario español pretende que las personas condenadas a prisión cumplan desde el principio o la última fase de su pena en paulatina aproximación a la libertad (semilibertad y libertad condicional), que no sean "arrojadas" a la vida en libertad el último día de su condena sin trabajo ni perspectivas, sino que realicen un "atterrizaje suave" que les permita ir ganando arraigo laboral, social, etc⁶⁰³. Ese sistema presenta los siguientes rasgos característicos⁶⁰⁴:

a) *La relación directa con el tratamiento* que necesita cada penado, siendo la clasificación el "instrumento" para su efectiva realización. Así pues la clasificación tiene un *carácter instrumental* respecto al tratamiento. La Inst. 20/96, actualmente derogada, sobre esta materia establecía con buen criterio que: "no puede perderse de vista la relación biunívoca que guardan entre sí clasificación y tratamiento. El grado de tratamiento no es sólo función del conjunto de variables criminológicas, penales personales y sociales que concurren en un momento dado en el interno, sino también de los objetivos, estrategias y las actividades que su programa de intervención demanda (en cada caso)". La Inst. 9/2007, de 21 de mayo, establece la estrecha "*unión de grado y programa de tratamiento*". Añade, la indicada instrucción, que la actividad de clasificación de los penados constituye en nuestro ordenamiento penitenciario, el

⁶⁰² FERNÁNDEZ GARCÍA, J., "El presente de la ejecución penitenciaria...". Dentro de *La reforma penal a debate*, VVAA, 16 Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal, Salamanca, Abril 2004, págs. 15 a 185

⁶⁰³ DOPICO GÓMEZ ALLER, M., Diario *La Vanguardia*, 15/4/2009

⁶⁰⁴ ALARCÓN BRAVO, J., "El tratamiento...", *op. cit.*, pág. 41. Y MANZANARES SAMANIEGO, J.L., "El cumplimiento íntegro de las penas", *Actualidad Penal* N° 7, 10/2/2003, pág. 10

presupuesto para llevar a efectos la propia ejecución, al tiempo que define el marco jurídico y regimental en el que ha de tener lugar el tratamiento resocializador que posibilita el fin último de la pena privativa de libertad de prisión.

b) La asignación del grado *en función de la personalidad* del penado y, sobre todo, en relación con su actividad delictiva. Por lo que habrá que valorar el momento en que cometió el delito, su situación al realizar la clasificación y su pronóstico futuro respecto a posible reincidencia en el delito. Son decisivos los criterios que radican en la persona: comportamentales o de evolución de la personalidad. El art. 72 LOGP proclama el sistema de individualización científica como paradigma de preponderancia de los aspectos individuales del condenado en la clasificación penitenciaria por encima de otras variables como el tipo de delito cometido o la duración de la condena⁶⁰⁵.

c) La *libertad de grado* en la clasificación inicial sin tener que pasar por grados anteriores: “Siempre que de la observación y clasificación correspondiente de un interno resulte estar en condiciones para ello, podrá ser situado inicialmente en grado superior, salvo el de libertad condicional, sin tener que pasar necesariamente por los anteriores” (art.72.3 LOGP). Ello permite la posibilidad de que el penado pueda ser clasificado inicialmente en cualquiera de los grados excepto el último de la libertad condicional⁶⁰⁶. La LO 7/2003, de 30 de junio, a su vez reformada por la LO 5/2010, de 22 de junio, ha establecido ciertos requisitos que van a dificultar este criterio de libertad de grado, como después veremos.

d) La existencia de *regímenes de vida distintos* para cada uno de los grados como marcos jurídicos de la relación especial del interno con la Administración, que posibilitan la realización del tratamiento más adecuado en cada caso (art.72.2 LOGP).

⁶⁰⁵ CERVELLÓ DONDERIS, V., “Los fines de la pena en la LOGP”. Publicado en I Jornadas en Homenaje *al XXV Aniversario de la LOGP*, Madrid, 2005, págs. 245-257

⁶⁰⁶ RODRÍGUEZ ALONSO, A., *Lecciones...*, *op. cit.* 2003, pág. 294.

Cada programa de tratamiento requiere un tipo de vida carcelario diferente para conseguir los objetivos del mismo.

e) La progresión con base a criterios de evolución de la personalidad *sin ajustarse al cumplimiento de períodos mínimos*: “En ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por su evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión”. (art. 72.4 LOGP). Este artículo tiene su antecedente inmediato en la reforma del art. 48 del Reglamento del Servicio de Prisiones de 1956 efectuada por el Decreto de 162/1968, de 25 de enero, que establecía que: *"siempre que el interno demuestre estar en condiciones para ello, podrá ser situado inicialmente en grado superior, salvo el de libertad condicional; sin tener que pasar necesariamente por los que le precedan"*. La reforma del Real Decreto 2.273/1977 del Ministerio de Justicia de 29 de julio estableció en el art. 47: *"en ningún caso se mantendrá a un interno en el primero o segundo grado cuando por su evolución de su tratamiento penitenciario se haga merecedor a una progresión"*. Estamos de acuerdo con **Cervelló Donderis**⁶⁰⁷ cuando afirmaba que la duración de la condena era un criterio puramente objetivo que no correspondía con un modelo de individualización científica, pero no cabe duda que tras la reforma de la LO 7/2003, de 30 de junio y de la LO 5/2010, de 22 de junio, se han introducido importantes modificaciones que afectan a este criterio legal, retrocediendo a aspectos rígidos y objetivos de los clásicos sistemas progresivos pues ahora sí que se establecen *períodos mínimos de cumplimiento* que analizaremos después.

Aunque **Manzanares Samaniego**⁶⁰⁸ decía en 1986 que el sistema progresivo había muerto (legalmente), treinta años después podemos afirmar que esto no es así. Y si hace unos años se podía afirmar que no teníamos en nuestra legislación un sistema puro de individualización científica, pues se establecían

⁶⁰⁷ CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho...*, op. cit., 1ª Ed., pág. 121; 3ª Ed., pág. 104

⁶⁰⁸ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Comentarios a la legislación penal. Ley Orgánica General Penitenciaria*, Madrid, 1986, pág. 1053

ciertos límites temporales para poder clasificar al penado en el cuarto grado o libertad condicional y tener que valorar la duración de la pena como una variable de "*gran trascendencia*" al realizar la clasificación para tercer grado; en la actualidad esta afirmación la podemos ratificar incluso con gran rotundidad pues, como veremos, se va a exigir el cumplimiento objetivo de diversos plazos de la condena tras la reforma de la LO 7/2003, de 30 de junio, algunos de los cuales se han mantenido con LO 5/2010, de 22 de junio.

La clásica denominación de sistema progresivo, que constaba en la primera redacción de la LOGP, desapareció de la misma por una enmienda presentada en Comisión por los Socialistas de Cataluña. Decía **García Valdés**⁶⁰⁹ que el clásico sistema progresivo de criterio rígidos ya se había superado con la reforma de 1968 al art. 48 del Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1956, pudiendo así hablarse de un nuevo y peculiar sistema, el sistema de individualización científica que según el citado autor era el más avanzado del penitenciarismo de aquel momento, pudiendo citarse en este sentido los artículos análogos 4 y 5 de la Ley penitenciaria sueca, el art. 1 y 13 de la italiana y el art. 25 de la Ley nº 788, de 28 de julio de 1978 de la francesa.

El sistema de individualización científica parte del principio de que no hay diferencia de los métodos de tratamiento según los grados, pues aquéllos no están en función de éstos, sino de la personalidad de cada interno. La práctica diaria no confirmó este principio pues sí se van a limitar los métodos de tratamiento a emplear (permisos, salidas programadas, tratamiento en centros extrapenitenciarios,...) en función de la clasificación penitenciaria. La reforma del Reglamento de 1996 al introducir el principio de flexibilidad va a tratar de reducir las limitaciones de los grados al establecer el principio de flexibilidad en su art. 100.2, como veremos después.

Actualmente, es lamentable decir que el sistema de individualización científico, que según **García Valdés** en 1979,

⁶⁰⁹ GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la legislación penitenciaria*, Madrid, 1982, pág. 225

cuando se aprobó la LOGP, era el más avanzado, ha sido enterrado, aunque también reconoce el CGPJ en el informe del anteproyecto de la LO 7/20003 que nunca llegó a estar plenamente en vigor. Pero está claro que tras la reforma efectuada por dicha ley se ha regresado más a los orígenes del antiguo sistema progresivo pues otra vez se vuelven a establecer nuevos *plazos rígidos*, porque según el reformado art. 78.3 CP, si se ha aplicado concurso real de delitos, los penados por delitos terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales sólo podrán acceder al tercer grado cuando les quede por cumplir una quinta parte de la condena y a la libertad condicional cuando les reste la octava parte de la misma. En otros casos estos plazos son *semirrígidos* pues se autoriza su elusión, como en el art. 36.2 CP, que aunque establece que cuando la pena de prisión sea superior a cinco años, la clasificación de en tercer grado no podrá efectuarse hasta que haya cumplido la mitad de la condena, permite que el JVP autorice no ser necesario el cumplimiento de este plazo, exceptuando a condenados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, y desde LO 5/2010, de 22 de junio, a determinados condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexual cuando la víctimas sean menores de 13 años. El art. 78.3 CP que vuelve a excluir a este tipo de delincuentes (a condenados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales) de la aplicación del régimen general de cumplimiento.

Esta vinculación con el sistema progresivo fue ya ratificado en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1989 cuando afirmaba que el sistema implantado por la LOGP no supone una total ruptura con el sistema progresivo anterior, hasta el punto de que la duración de la pena sigue teniendo una gran trascendencia, por lo cual como decía **González Cano**⁶¹⁰ el sistema penitenciario actual es *mixto* entre el progresivo y el de individualización científica, es decir, que ha de combinarse la personalidad del recluso y la duración o gravedad de la condena.

⁶¹⁰ GONZÁLEZ CANO, M^a I., *La ejecución...*, *op. cit.*, pág. 32

En esta misma línea se manifiestan García Valdés y Alarcón Bravo. Por todo ello, Mapelli Caffarena calificaba al sistema de individualización científica de *semirrígido*, frente a la rigidez del sistema progresivo clásico. Tras la reformas de la LO 7/2003, de 30 de junio, y la LO 5/2010, de 22 de junio, podemos afirmar que se ha dado un retroceso hacia el sistema progresivo clásico estableciendo nuevos plazos, que en algunos casos son ineludibles (art. 36.2 y 78.3 CP).

Por tanto, el sistema de individualización científica ha sido un *espejismo legal* que ha sufrido un golpe en uno de sus principios fundamentales: la libertad de grado en la clasificación penitenciaria sin cumplimiento de plazos necesarios (art. 72.3 y 4 LOGP).

El CGPJ en su informe al Anteproyecto de la LO 7/2003 indicó: “El sistema de *individualización científica* que inspira nuestro sistema penitenciario, se caracteriza frente al anterior *sistema progresivo*, por estar basado en la personalidad del interno y en el tratamiento penitenciario, y conlleva un régimen flexible conforme al cual el penado puede ser clasificado inicialmente en cualquiera de los grados excepto el último que es la libertad condicional. La libertad de grado en la clasificación inicial sin tener que pasar por grados anteriores se establece en el art. 72.3 LOGP. El Anteproyecto matiza ahora esta posibilidad en el sentido de impedir esa clasificación inicial en tercer grado en el caso de delitos graves, de modo que ya no rige un sistema puro de individualización científica, sino que el sistema se limita en función de razones de prevención general positiva, por lo que en realidad rige un *sistema mixto*, como afirma un sector importante de doctrina”.

Según el CGPJ esta limitación a la clasificación es una *opción del legislador compatible con los fines constitucionales de la pena*, la prevención especial no es el único fin de la pena. Y como ha puesto de manifiesto la mejor doctrina, en el modelo de Estado social y democrático de Derecho de que arranca nuestro sistema político y, por tanto, jurídico, la pena ha de cumplir una misión (*política*) de regulación activa de la vida social que asegure su funcionamiento satisfactorio, mediante la

protección de los bienes de los ciudadanos. Y modernamente, la idea preventivo general no se agota en una simple amenaza o temor que se inspira al potencial delincuente para disuadirle de cometer hechos punibles (*prevención general negativa*), sino junto a ella, la prevención general ofrece la significación de robustecimiento de la pretensión de validez de las normas jurídicas en la conciencia social a través de la pena (*prevención general positiva o prevención por integración*), restableciendo la confianza en el derecho mediante la contraposición simbólica de la pena.

De acuerdo con lo expuesto, el art. 25.2 CE no impide que en la ejecución se tengan en cuenta otros fines de la pena distintos a la reinserción del penado, por lo que el establecimiento de un periodo mínimo de cumplimiento en el caso de delitos graves es, según el CGPJ, compatible con los principios constitucionales que rigen la ejecución de penas privativas de libertad. Por tanto, con las reformas introducidas con la de la LO 7/2003,30 de junio, lo que se potencia considerablemente es la finalidad preventivo general más que la prevención especial positiva o reeducación y reinserción social en la fase de ejecución penitenciaria de acuerdo con la nueva redacción del art. 36 CP y en supuestos de acumulación de penas, de acuerdo al art. 78 del CP. Pues bien, esto es una clara manifestación del impulso de la prevención general como finalidad de la pena también en la fase de ejecución penitenciaria. O lo que es lo mismo, esto supone una vuelta al retribucionismo ético y jurídico de las penas, un regreso a las concepciones de Kant y Hegel, donde la imposición de la pena era un fin en sí mismo como compensación al mal realizado por el delito cometido y como un criterio de exigencia de justicia. A este respecto, **García Albero** establece que el papel preponderante atribuido al principio de reeducación y reinserción social en la fase de ejecución de pena, se ve desplazado a un segundo plano en beneficio de supuestas exigencias preventivas generales positivas, enmascaradas bajo la

genérica apelación a la proporcionalidad⁶¹¹. En este mismo sentido se pronuncia **Faraldo Cabana**⁶¹² al afirmar que la orientación de la reforma del Código penal español operada por la LO 7/2003, de 30 de junio, si lo único que con ella se pretende es la inocuización de cierto tipo de delincuentes⁶¹³, truncando toda posibilidad de rehabilitación y reinserción social, y hacer un guiño a la comunidad, a la que se le permite así satisfacer las ansias de venganza aireadas, cuando no creadas, por los medios de comunicación, habremos de llegar a la conclusión de que no es legítima ni defendible desde la perspectiva del Estado social y democrático de Derecho. Estas reformas sustantivas en la ejecución de la pena privativa de libertad operadas por la LO 7/2003, de 30 de junio, que afectan a la duración máxima de la pena de prisión y a las condiciones para obtener permisos de salida y para acceder al tercer grado y a la libertad condicional, se incardinan en la tendencia a la consolidación y fortalecimiento de un Derecho penal de enemigos para el terrorismo y la delincuencia organizada. Éste es un Derecho carente de legitimidad que además no sirve para nada en términos preventivos, salvo que confundamos prevención con inocuización⁶¹⁴ o con retribución⁶¹⁵.

⁶¹¹ GARCIA ALBERTO, R. y TAMARIT SUMALLA, J. M^a., *La reforma de la ejecución penal*, Valencia, 2004, pág. 20

⁶¹² FARALDO CABANA, P., "Un Derecho Penal de enemigos para integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas" dentro de *Nuevos retos del Derecho Penal de la globalización*, Valencia, 2004, págs. 14-15

⁶¹³ Como reconoce JAKOBS, G., *Derecho penal del enemigo*, Buenos Aires. 2003, pág. 33, "... la medida ejecutada contra el enemigo no significa nada, sino sólo coacciona. El Derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el Derecho penal del enemigo (en sentido amplio: incluyendo el Derecho de las medidas de seguridad) combate peligros".

⁶¹⁴ La inocuización es "el fin que tiñe por completo la reforma que propone el Gobierno. Precisamente, la propia denominación como "Código Penal de la seguridad" alude a ella". ROCA AGAPITO, L., "Los Anteproyectos de 2003 de modificación del Código Penal. Una primera lectura de la regulación del sistema de penas", *La Ley* N° 5731, 4 de marzo de 2003

⁶¹⁵ Para VALLE MUNIZ, J. M., en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.),

Pensamos que estas reformas son una clara regresión hacia un *Derecho Penal de autor* característico de regímenes políticos autoritarios, donde se tiene más en cuenta la personalidad del autor que el hecho delictivo cometido, es decir, se trata de dar cobertura al denominado *Derecho Penal del enemigo* que no estabiliza normas (prevención general positiva), sino demoniza determinados grupos de infractores, en consecuencia el Derecho Penal del enemigo no es un Derecho Penal del hecho, sino el autor⁶¹⁶, y este “derecho penal” de autor es incompatible con el “programa penal de la Constitución”⁶¹⁷ y con el Derecho penal del Estado de Derecho⁶¹⁸.

Todo ello da lugar a un *Derecho Penal defensivo*, que más que reeducar al delincuente, trata de encerrarlo, aislarlo de la sociedad como método de eliminación. Como afirma **Ferrajoli**⁶¹⁹, estaríamos ante un modelo de *Derecho penal máximo* y tendencialmente ilimitado, con lo que parece acogerse más a una postura claramente orientada a la inocuización. Según

Comentarios al Nuevo Código Penal, 2ª Ed. 2001, pág. 424: “ ya el anterior límite de treinta años reflejaba una impronta retribucionista trasnochada”

⁶¹⁶ CANCIO MELIA, M., “Derecho penal del enemigo? En *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003, págs. 57-102

⁶¹⁷ DEMETRIO CRESPO, E., “El Derecho Penal del enemigo” *Darf Nicho neinj*. Sobre la ilegitimidad del llamado “derecho penal del enemigo” y la idea de la seguridad, RGDP, *iuestel.com*. Nº 4 Noviembre 2005, pág. 437 y 441

⁶¹⁸ MUÑOZ CONDE, F., “¿Hacia un derecho penal del enemigo?”, *Diario El País* 15/1/2003. En la misma línea JUANATEY DORADO, C., “La ley de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, y los principios constitucionales del Derecho Penal”: “Me parece un clarísimo retroceso en relación con lo que tendría que ser un Derecho penal propio de un Estado social y democrático de Derecho”. *La Ley de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, Nº 9, Octubre 2004, pág. 3

⁶¹⁹ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, 1995. Basado en el tipo de delincuente y en su *peligrosidad ante delictum* más que el tipo del delito cometido.

Silva Sánchez⁶²⁰, este modelo es fragmentario porque la sociedad no parece dispuesta a adoptar una respuesta uniforme frente a la criminalidad. Al contrario, se advierte la disposición a acoger respuestas selectivas en función de la percepción social del correspondiente hecho delictivo como fuente de inseguridad subjetiva. No tanto en función de la gravedad del hecho en términos axiológicos. Por todo ello, uno de los principios básicos de política criminal que inspiran el Código Penal, es decir, el de *reinserción social*, previsto en nuestra Carta Magna en el artículo 25.2, queda seriamente cuestionado⁶²¹, sobre todo por la LO 7/2003, de 30 de junio, al revitalizarse ampliamente la finalidad retributiva y de intimidación, ideas en las que reposaba el Derecho Penal tradicional. Supondrá, como bien afirman **Muñoz Conde y García Arán**⁶²², la eliminación *de facto* de instituciones basadas en la orientación a la reinserción.

Bueno Arús también mantiene que: "estas reformas de la LO 7/2003, de 30 de junio, se orientan a las finalidades de la retribución, la prevención general negativa (intimidación) y la inocuización del delincuente, antes que a la finalidad primordial de la prevención especial positiva (reeducación o reinserción social, del art. 52.2 de la Constitución), y componen por lo tanto un *componente extraño* dentro de las leyes penales y penitenciarias, que van a contener en adelante, de esta manera, *preceptos contradictorios* entre sí, van a producir confusión a los operadores del Derecho y van a contaminar el régimen penal y penitenciario ordinario con orientaciones y principios de Derecho penal y penitenciario *excepcional*"⁶²³. Por tanto,

⁶²⁰ SILVA SÁNCHEZ, J. M^a., "Política criminal del legislador, del juez, de la Administración Penitenciaria" Sobre el sistema de sanciones en el Código Penal español., *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, pág. 3

⁶²¹ LÓPEZ GARRIDO, D., y GARCÍA ARÁN, M., *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Madrid, 1996, págs. 29 y ss., y 58 y ss.

⁶²² MUÑOZ CONDE, F. Y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 2003, pág. 565.

⁶²³ Entrevista en la *Revista ATIP* (Asociación de Técnicos de IIPP), Cáceres, N° 1 2004, pág. 2

estamos totalmente de acuerdo con **Faraldo Cabana** cuando dice que esta reforma rompe el modelo diseñado en la LOGP que era totalmente flexible y estaba presidido por la idea de no mantener a un interno en un grado inferior al que merece, haciendo posible el paso inmediato al tercer grado⁶²⁴. Lo que se esconde detrás de ella no es más que una doctrina de corte autoritario, discriminatorio, que redundaba en un mayor intervencionismo en la esfera valorativa de los ciudadanos. Además de que no se tiene en cuenta que en la fase de ejecución de la pena deben primar las consideraciones de prevención especial⁶²⁵. Estas reformas han dado lugar al endurecimiento de la ejecución penitenciaria de las penas privativas de libertad, cercenando contundentemente las posibilidades de suavizar el cumplimiento de este tipo de penas⁶²⁶. Esto último se refleja en el retraso en el acceso al tercer grado y en el mayor número de requisitos para acceder a la libertad condicional. Por tanto, lamentablemente, casi todas las reformas llevadas a cabo en el año 2003 se orientan, en su práctica totalidad, en la dirección equivocada puesto que chocan con el art. 25.2 de la CE, dado que estas modificaciones legislativas, que en sí mismas consideradas y en abstracto pueden verse como conciliables con el art. 25 de nuestra Constitución, apuntan a ser irreverentes con su espíritu,

⁶²⁴El art. 36.2 CP deroga parcialmente de forma tácita preceptos de la LOGP que no se han modificado para coordinarlos con el Código penal, en particular el art. 73.2 LOGP, que establece que "siempre que de la observación y clasificación correspondiente de un interno resulte estar en condiciones para ello, podrá ser situado inicialmente en grado superior, salvo el de libertad condicional, sin tener que pasar necesariamente por los anteriores". Por su parte, el art. 72.4 LOGP declara que "en ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión". El Consejo General del Poder Judicial propuso en sus *Informes* (págs. 38-39), la modificación expresa de estos artículos para evitar contradicciones, pero su sugerencia no fue aceptada por el legislador.

⁶²⁵ FARALDO CABANA, P., "Un Derecho Penal de enemigos...", *op. cit.*, págs. 18-19

⁶²⁶ DÍAZ RIPOLLÉS, J. L., "La evolución del sistema de penas en España: 1975-2003", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 23/8/2006, pág. 7:12

forjado éste en una tradición de humanismo penitenciario de siglos. Por lo cual esta ley es contraria el principio de reinserción social, y esa es la razón por la que en algunos de sus aspectos, podría ser inconstitucional⁶²⁷. En definitiva esta ley supone, en líneas generales, una quiebra de principios consagrados en nuestra Constitución y un clarísimo retroceso en el camino hacia el establecimiento de un Derecho penal más humano.

Concluyendo, como afirma **Faraldo Cabana**, con esta reforma del cumplimiento íntegro de las penas nos encontramos "ante una posición estética y demagógica de utilización abusiva del Derecho penal al servicio de la apariencia de una política eficaz "cara a la galería". Y ello por varias razones: en primer lugar, no es cierto que la mayor duración en la ejecución de la pena tenga, en general, un efecto intimidatorio real. En segundo lugar, impide cualquier política penitenciaria al tener que prescindir de su arma más eficaz: el acortamiento de la duración de la pena y la aplicación de beneficios a cambio de un buen comportamiento y del respeto al orden público dentro del establecimiento penitenciario. Y, sobre todo, impide de manera absoluta dar cumplimiento al mandato contenido en el art. 25.2 de la Constitución". En fin, nos encontramos ante un retorno a posiciones puramente retribucionistas que se limitan a una exasperación de la gravedad de las penas y de las condiciones de su ejecución⁶²⁸.

⁶²⁷ JUANATEY DORADO, C., "La ley de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, y los principios constitucionales del Derecho Penal", *Revista La Ley de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, N° 9, Octubre 2004, pág. 5. Concluye, sin embargo, que esta ley no plantea problemas de constitucionalidad, GONZÁLEZ PASTOR, P. "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 constitucionalidad", *Actualidad Penal*, N° 40, 2003, págs. 1009-1028.

⁶²⁸ FARALDO CABANA, P. "Un Derecho Penal de enemigos...", *op. cit.*, págs. 25-31

1. Los grados de clasificación

En primer lugar, conviene precisar que un grado no es lo mismo que un tipo de régimen. Hay tipos de régimen de vida - el de preventivos- que no se corresponde con grados⁶²⁹.

Según **Armenta González-Palenzuela** y **Rodríguez Ramírez**⁶³⁰ se puede definir el *grado* como un tipo y categoría penitenciaria que lleva aparejado un concreto régimen de vida, y las condiciones o bases para ejecutar un programa de tratamiento individualizado conforme a éste. Con el grado se concreta el principio fundamental de individualización científica, destinando al penado al régimen de vida más apropiado para llevar a cabo su programa de tratamiento. Aunque son diferentes los conceptos de grado de clasificación y regímenes de vida, se da una muy estrecha conexión entre ellos, pues como hemos visto la clasificación en un grado va a traer como consecuencia la aplicación de un determinado tipo de régimen (sistema o conjunto de normas) de vida penitenciaria.

El art. 25.2 CE establece que las penas privativas de libertad deben tender a la reeducación y la reinserción social de los penados. Para conseguir este objetivo el art. 72.1 LOGP determina que *“Las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será la libertad condicional, conforme determina el Código Penal”*. En este art. 72 LOGP se hace referencia a los tres primeros grados así como la libertad condicional, también denominada *“cuarto grado”*, pero derivando la regulación de ésta al Código Penal. El apartado segundo del citado artículo ordena: *“Los grados segundo y tercero se cumplirán respectivamente en establecimiento de régimen ordinario y de régimen abierto. Los clasificados en primer grado serán destinados a los establecimientos de*

⁶²⁹ ALARCÓN BRAVO, J., "Las resoluciones de tercer grado desde la publicación de la LOGP", *Revista Estudios Penitenciarios*, Nº 240, 1988, pág. 17

⁶³⁰ ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F.J. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V., *op. cit.*, pág. 202

régimen cerrado, de acuerdo con lo previsto en el núm. 1 del artículo 10 de esta Ley". Por tanto, la pena de prisión se divide en cuatro grados a los que corresponde respectivamente determinados regímenes de vida⁶³¹. Una importante consecuencia del art. 72.2 es que sólo hay cuatro grados de clasificación penitenciaria, y las especificidades del régimen cerrado han de ser reguladas por el Reglamento Penitenciario, pero a su vez se abren espacios de confusión, como son las diferencias entre régimen cerrado y departamentos especiales, y el alcance de la remisión reglamentaria⁶³².

El art. 72 LOGP establece una clara vinculación entre el grado de tratamiento en que haya sido clasificado el interno y el régimen aplicable, y, por lo tanto, al establecimiento correspondiente (...). La correlación entre clasificación y régimen es un aspecto fundamental de la LOGP⁶³³. Así pues, cada uno de los grados de tratamiento conlleva la aplicación de un diferente régimen de vida en prisión y el destino al centro penitenciario más adecuado al mismo.

Por su parte el art.100.1 RP establece: "*...los penados deberán ser clasificados en grados. Los grados serán nominados correlativamente, de manera que el primero se corresponda con un régimen en el que las medidas de control y seguridad serán más estrictas, el segundo con el régimen ordinario y el tercero con el régimen abierto*". Como vemos, para nada se menciona la libertad condicional en este artículo porque está regulada en el art.192 y siguientes de este mismo reglamento y en el Código Penal.

El art. 63 LOGP ordena: "*Para la individualización del tratamiento, tras la adecuada observación de cada penado, se*

⁶³¹ CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho...*, op. cit., 1ª Ed., pág. 133; 3ª Ed., pág. 183

⁶³² CERVELLÓ DONDERIS, V. "Revisión de legalidad penitenciaria en la regulación del régimen cerrado y fies", *La Ley Penal*, Nº 72, Junio 2010, pág. 10

⁶³³ TAMARIT SUMALLA, J. Mª, SAPENA GRAU, F. y GARCÍA ALBERTO, R., *Curso...*, op. cit. 1ª Ed. 1996, Barcelona, pág. 206

realizará su clasificación, destinándose al establecimiento cuyo régimen sea el más adecuado al tratamiento que se le haya señalado y, en su caso, al grupo o sección más idóneo dentro de aquél". Esta regulación ha sido desarrollada en sede reglamentaria en el art. 102.1 RP.

Para determinar la clasificación, dice el art. 102.2 RP, las Juntas de Tratamiento ponderarán la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, la duración de la pena, el medio al que retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento. En el mismo sentido el artículo 63 de la LOGP *in fine*.

El art. 102 RP establece los criterios de clasificación:

-Serán clasificados en *segundo grado* los penados en quienes concurren unas circunstancias personales y penitenciarias de normal convivencia, pero sin capacidad para vivir, por el momento, en semilibertad.

-Serán clasificados en *tercer grado* los penados que por sus circunstancias personales y penitenciarias estén capacitados para llevar un régimen de vida en semilibertad.

-Conforme a lo establecido en el art. 10 LOGP, serán clasificados en *primer grado* los internos calificados de peligrosidad extrema o inadaptación a los regímenes ordinario y abierto, apreciados por causas objetivas en resolución motivada, a no ser que el estudio de la personalidad del sujeto denote la presencia de anomalías o deficiencias que deban determinar su destino al centro especial correspondiente.

Como se puede observar todos los criterios adolecen de ambigüedad ya que determinar la peligrosidad o capacidad criminal para vivir en semilibertad es sumamente difícil por su indeterminación. En el caso del primer grado con el fin de restringir al máximo su utilización se ha de tener en cuenta que la peligrosidad es criminal y por tanto probabilidad de cometer nuevos delitos y la inadaptación exige ser grave y permanente. En el caso del tercer grado la capacidad de vivir en semilibertad

exige unas expectativas de comportamiento correcto que permitan disminuir las medidas de vigilancia⁶³⁴.

2. El principio de flexibilidad

Como ya hemos visto, el RP de 1996 para potenciar la individualización científica introduce en su preámbulo el principio de flexibilidad, el cual luego pasa a regular en el art. 100.2 del mismo estableciendo: *“Con el fin de hacer el sistema más flexible el Equipo Técnico podrá proponer a la Junta de Tratamiento que, respecto a cada penado, se adopte un modelo de ejecución en el que puedan combinarse aspectos característicos de cada uno de los grados de tratamiento, siempre que esta medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado. Esta medida, que se califica de excepcional, necesitará la ulterior aprobación del JVP, sin perjuicio de su ejecutividad inmediata”*.

Este principio permite la posibilidad de combinar aspectos característicos de uno y otro grado con la finalidad de que la clasificación penitenciaria se flexibilice lo más posible para lograr que el tratamiento sea lo más individualizado posible⁶³⁵, con ello nos acercamos más a los sistemas penitenciarios europeos en los que no rigen los grados y lo que se elaboran planes individualizados sin tener en cuenta ningún grado de clasificación.

El precepto citado pretende asegurar una más ajustada adaptación de los modelos de ejecución a las circunstancias personales de cada interno, con el fin de superar la excesiva rigidez que la clásica división en tres grados podría representar en la configuración del anterior Reglamento de 1981. En todo

⁶³⁴ CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho...*, op. cit. 2ª Ed. 2006, pág. 140

⁶³⁵ *Diario El Mundo*, 28/5/2012. El Secretario General de Instituciones Penitenciarias, Ángel Yuste, en la entrevista concedida, afirma que: *“unos 2.000 reclusos tienen aplicado el artículo 100 del Reglamento Penitenciario”*.

caso, debemos llamar la atención acerca del carácter excepcional de su aplicación, que ha de sustentarse siempre en la necesidad de aplicar un programa específico de tratamiento al interno que no pueda ser ejecutado de otro modo⁶³⁶.

De conformidad con este esquema de funcionamiento, la Administración penitenciaria goza de un amplio margen de discrecionalidad para la asignación de un régimen de vida específico a cada interno que se acomode mejor a las circunstancias personales, familiares y sociales del mismo que se denomina principio de flexibilidad, que ha tenido una importante proyección con el Reglamento penitenciario aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, que en su art. 100.2 permite adoptar un modelo de ejecución con el que se puedan combinar aspectos característicos de los mencionados grados -1º; 2º y 3º- siempre y cuando se fundamente en un programa específico de tratamiento penitenciario⁶³⁷.

Sectores de la doctrina penitenciarista han criticado esta manifestación reglamentaria del principio de flexibilidad por entender que se formula de manera excesivamente amplia y sin matizaciones, que genera un riesgo de arbitrariedad en el ejercicio de sus facultades por la Administración Penitenciaria, y que en sus manifestaciones más extremas puede llegar a desvirtuar el significado del grado de clasificación asignado a un interno. Pero como bien dicen algunos autores el sistema de individualización científica puede encontrar rigideces en la aplicación del régimen correspondiente a cada uno de los grados. Por ello el art. 100.2 RP posibilita flexibilizar el sistema⁶³⁸.

⁶³⁶ GONZÁLEZ CAMPO, E., "El principio de flexibilidad en la ejecución penal", *Monogr.Fiscalia.org* ISSN 2004, pág. 26

⁶³⁷ NISTAL BURÓN, J., "Delincuencia habitual y reincidente. El nuevo régimen jurídico de ejecución penal", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Nº 734/2007

⁶³⁸ RODRÍGUEZ ALONSO, A. y RODRÍGUEZ AVILÉS, J. A., *Lecciones...*, *ob. cit.*, pág. 240

Armenta González-Palenzuela y Rodríguez Ramírez⁶³⁹

han estudiado el problema que plantea la, a su entender, excesiva discrecionalidad administrativa que atribuye el comentado precepto, afirman irónicamente que el principio que anida en la previsión reglamentaria más bien puede tildarse de principio de ambigüedad que de flexibilidad, y señalan determinados elementos que a su juicio debieron ser especificados en la norma como necesarios contrapesos o límites del decisionismo administrativo, y que por haber sido omitidos, generan una relevante situación de inseguridad jurídica, en particular en los siguientes apartados:

- Los "aspectos característicos" susceptibles de combinarse. Algunos elementos de un grado y régimen de vida son tan característicos que si se extrapolan a otros grados o regímenes éstos quedan indefectiblemente deformados.

- La dirección de la combinación. Debió excluirse la posibilidad de que grados superiores se restrinjan con elementos de grados inferiores.

- La distancia mínima requerida entre grados para que pueda concretarse la combinación. Se podría haber limitado la relación a grados contiguos, pues no es admisible mezclar elementos tan dispares como los pertenecientes al régimen abierto y al cerrado.

- El tipo de programas capaces de aconsejar estas combinaciones. Hay programas que se acomodan a cualquier grado de clasificación, por ejemplo, los programas de intervención sobre drogodependencias.

Esta flexibilidad ha sido criticada por parte de la doctrina pues como veremos se pueden producir unas *situaciones extrañas*. Por ejemplo, **Ríos Marín**⁶⁴⁰, al comentar este precepto, señala que puede ser beneficioso pero que también, en

⁶³⁹ ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J., y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V., *op. cit.*, pág. 208

⁶⁴⁰ RÍOS MARÍN, J. C., *Manual de ejecución penitenciaria: defenderse de la cárcel*, Madrid, 2001 y 2004.

ocasiones, puede perjudicar gravemente, en la medida en que puede permitir que a una persona clasificada en segundo o tercer grado le sean aplicados elementos propios del primer grado. Pero antes hemos de dejar claro, como ya han hecho constar los Jueces de Vigilancia (por ejemplo, Auto de 9 de octubre de 1996 del JVP de Santander), que este principio no permite aplicar criterios de grados inferiores a superiores pues limitarían los derechos del estatuto jurídico-penitenciario del penado más allá de lo que permite la Ley vulnerando el art. 100.2 RP el *principio de legalidad*, ya que ésta sólo contempla cuatro grados y no recoge el principio de flexibilidad. Lo que sí se puede es utilizar para ampliar derechos y facilitar con ello la ejecución de los programas de tratamiento de cada interno que no puedan ejecutarse si no se aplica el art. 100.2⁶⁴¹. Por ejemplo, a internos clasificados en primer grado se les pueden aplicar aspectos regimentales del segundo (más horas de patio, participar en actividades...), o a los clasificados en segundo disfrute de salida de fin de semana de los clasificados en tercero, y así infinidad de posibilidades para adecuarse al programa de tratamiento individualizado de cada penado.

La clasificación establece la correlación de grado de tratamiento y régimen de vida, pero el principio de flexibilidad del art. 100.2 RP supone una excepción a esta sistemática dado que los internos clasificados en un grado de tratamiento pueden disfrutar de un régimen de vida diferente al ordinariamente asignado. Con ello se significa que, la ruptura de la equivalencia del grado de tratamiento con el correlativo régimen de vida del que disfrute el interno debe interpretarse a un régimen de vida más favorable, en virtud del propio principio de flexibilidad⁶⁴².

⁶⁴¹ Es importante destacar la necesidad de la aplicación del art. 100.2 RP para realizar un programa de tratamiento, por ello cuando no lo es no procede su aprobación, así lo manifiesta el JVP nº de Madrid al denegar en Auto de fecha 8 de mayo de 2009 su aplicación a un interno: “ *No se aprueba la aplicación del art. 100.2 RP por no concurrir el requisito de que el programa no pueda realizarse de otra forma, pues es evidente por lo expuesto que sí*”

⁶⁴² NIETO GARCÍA, A. J. “Breve guía...”, *op. cit.*, pág. 11

Para **Manzanares Samaniego** se trata, como su propio texto indica, de combinar aspectos de diferentes grados en aras de un programa específico de tratamiento que no podría elaborarse en el rígido marco de un grado determinado. La idea, aunque loable en sí misma, se aparta, sin embargo, de las previsiones de la LOGP, forzando al menos su desarrollo reglamentario. Verdad es que ese apartado exige la aprobación del JVP, pero ni tal requisito salva la posible falta de cobertura legal del precepto, ni parece adecuado que por esta vía se amplíen las competencias de un órgano judicial⁶⁴³.

Con la reforma de la LO 7/2003, de 30 de junio, este principio se ve en cierta forma desvirtuado porque si un interno no puede acceder al tercer grado o la libertad condicional hasta que cumpla unos determinados plazos (art. 36.2 y 78.3) creemos difícil la aplicación de esta flexibilidad en muchos casos porque esta restricción de la discrecionalidad administrativa en la asignación del grado va en detrimento de uno de los elementos estructurales básicos del sistema de individualización científica, el de flexibilidad en materia clasificatoria⁶⁴⁴. Está claro que con la LO 7/2003, de 30 de junio, se potencia la finalidad retributiva y prevención general sobre la finalidad reinsertadora que según el art. 25.2 CE debería ser el más importante (...). Pero no cabe duda que la flexibilidad como valor pragmático útil para buscar en cada caso las vías regimentales más aptas a las necesidades y aptitudes de reinserción social a cada reo sufrirá un recorte tan severo, que indudablemente, comprometerá en gran medida su vigencia y los saludables efectos que hasta la fecha ha venido generando en la práctica penitenciaria española.⁶⁴⁵

⁶⁴³ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Suspensión....*, op. cit., pág. 235

⁶⁴⁴ GONZÁLEZ CAMPO, E., "El principio de flexibilidad...", op. cit., págs. 33 y 39

⁶⁴⁵ LÓPEZ PEREGRÍN, C., "¿Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas?", *Revista Española de Investigación Criminológica*. <http://WWW:criminología.net>. Madrid, 2004, pág. 11

La vigencia del principio de flexibilidad en la ejecución de la pena de prisión experimenta un importante recorte en la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas; el mismo título de la reforma destila un juicio negativo respecto de la eficacia del sistema de individualización científica que estructura el actual sistema penitenciario español, que se caracteriza, como se ha dicho, por el amplio margen de discrecionalidad que otorga a los órganos de la Administración Penitenciaria competentes en la decisión de los procesos de clasificación, autorizando la asignación inicial de un grado de clasificación superior sin necesidad de pasar por los anteriores, y eximiendo de la exigencia de rígidos límites temporales de permanencia en grados anteriores como escalones previos al régimen de semilibertad, como ocurría en el superado sistema progresivo⁶⁴⁶.

La Administración Penitenciaria en su actuar durante el último quinquenio ha desarrollado las previsiones del art. 100.2 RP, para internos en segundo grado de tratamiento, facilitando la ejecución flexible de aspectos del tercer grado. Este precepto no cuenta entre sus previsiones con ningún perfil excluyente ni mecanismo de control añadido para que los internos que de él participen. Ello, en ocasiones, permite en la práctica que los reclusos partícipes de la mencionada situación tengan un casi idéntico régimen de vida que los clasificados en tercer grado.

Tal circunstancia lleva a reflexionar, en la actualidad, como la actividad administrativa de la Secretaría General IIPP mantiene una política penitenciaria de doble juego. Por un lado, sin reforma alguna del Reglamento Penitenciario, pone trabas normativas, de acceso al tercer grado para los internos sin la cuarta parte de la condena, con historial delictivo y problemática en su integración social. Por otra, en la práctica, permite regímenes de vida casi idénticos al de semilibertad del tercer grado en el cumplimiento de RP, —sea cual fuere su estado temporal de cumplimiento de condena, su historial delictivo y su

⁶⁴⁶ GONZÁLEZ CAMPO, E., "El principio de flexibilidad... ", *op. cit.*, págs. 31- 32

pronóstico de integración social—. Sin perjuicio, además, de que no exija el abono de la responsabilidad civil como elemento reparativo del daño ocasionado a la víctima a los internos partícipes de este segundo grado flexible, frente a los clasificados en tercer grado de tratamiento, para los que la reforma operada en la LO 7/2003, de 30 de junio, exige actitud reparatoria o restitutoria con las víctimas para disfrutar de un régimen de vida en semilibertad, como veremos más adelante.

La Inst. 20/96, de 16 de diciembre, reconocía el carácter marcadamente finalista de esta previsión reglamentaria y su excepcionalidad que “configuran una situación definida de especial seguimiento encaminada, si los objetivos establecidos en el programa llegan a alcanzarse, a una próxima revisión y cambio de grado de clasificación. Dicho programa se revisará como máximo cada tres meses”. La flexible combinación de elementos procedentes de distintos grados no puede perpetuarse en el tiempo pues se concibe como situación transitoria que, normalmente, ha de desembocar a corto plazo en progresión de grado si los objetivos del programa se cumplen satisfactoriamente.

Para paliar esta situación la Inst. 9/2007 establece que el art. 100.2 RP abre interesantes y enriquecedoras posibilidades, en orden a la mejor consecución del principio de individualización científica consagrado en el art. 72.1 LOGP. La correcta aplicación de tales virtualidades y su armonización con la debida garantía jurídica, requiere que se tengan en cuenta las siguientes precisiones:

-El art. 100.2 no configura uno o varios grados intermedios dentro del sistema de clasificación, grados que vienen tasados en la propia LOGP. Todo penado clasificado, que no haya accedido al de libertad condicional, se encontrará clasificado en uno de los tres grados de clasificación enumerados en el art. 100.1 RP, sin otra restricción de derechos que las contempladas, dentro de ellos, en la Ley y el Reglamento, precisándose para la aplicación de un régimen distinto la existencia de la correspondiente resolución de cambio de grado. Ello no obsta para que la conveniencia de *aplicar un programa concreto de tratamiento adecuado a las*

características específicas del interno y encaminado a la consecución del fin de reinserción, justifique, al amparo de lo establecido en el art. 71 LOGP, la introducción de determinadas modificaciones regimentales propias de un grado distinto de clasificación.

-Dicho programa se revisará como máximo cada tres meses.

-La aplicación del punto 2 del art. 100 precisara de la remisión al Centro Directivo (Servicio de Tratamiento) del programa específico de tratamiento que lo justifique.

-Una vez efectuado por el Centro Directivo pronunciamiento que incluya las previsiones del art. 100.2 RP se comunicará inmediatamente por el centro penitenciario al JVP, a efectos de aprobación, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad desde el momento en el que se reciba. En el supuesto de que la resolución judicial se produjera en sentido no aprobatorio, se suspenderá su ejecución, dando traslado de la misma al Centro Directivo, a efectos de regularizar la situación del penado.

-Cuando se reciba en el centro penitenciario resolución del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria o de otra Autoridad Judicial que disponga la aplicación del art. 100.2 RP a un penado, con independencia de su directa ejecución en los extremos en los que resulte posible, se remitirá el auto al Centro Directivo, acompañado del modelo de aplicación del art. 100.2, en el que se recogerá el programa específico que justifica la aplicación del principio de flexibilidad en la ejecución.

En definitiva, pese a la razonabilidad de la crítica al art.100 RP desde el punto de vista de la insuficiencia de la regulación contenida en el mismo y de los riesgos de ejercicio arbitrario de sus facultades por la Administración en contra de reo, lo cierto es que el citado precepto supone un avance considerable en cuanto suministra un instrumento nuevo y eficaz para humanizar la ejecución de la pena de prisión y para adaptar su régimen de cumplimiento a la circunstancia individual de

cada interno, lo cual puede resultar de extraordinario interés en ciertos casos⁶⁴⁷.

En la Reunión de los Jueces de Vigilancia del año 2005 acordaron instar la reforma legislativa en el sentido de que el principio de flexibilidad, y en especial el actual art. 100.2 RP sea regulado por Ley Orgánica. Y que en tanto la aplicación de este régimen no sea aprobado por el JVP, no debería ser provisionalmente efectivo. Ambos acuerdos nos parecen razonables, el primero porque este régimen de vida no está previsto en la legislación penitenciaria; y el segundo porque no es coherente que salga un interno del centro penitenciario sin la autorización del JVP como por analogía se establece para los permisos ordinarios. En este mismo sentido se pronuncia **Torrecilla Collada** cuando manifiesta que el art. 100.2 RP, que prevé la posibilidad de mezclar elementos de varios grados de clasificación, lo que requiere aprobación del JVP, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad. Dicho precepto es contrario al art. 117.3 CE, en primer lugar, porque un precepto reglamentario no puede atribuir competencias a los jueces y, en segundo término, porque si se requiere aprobación del JVP para establecer este régimen mixto, es del todo punto ilegal y contrario a los más elementales principios jurídicos, que pueda ejecutarse antes de que se apruebe por el propio JVP⁶⁴⁸.

En la práctica, la aplicación del art. 100.2 RP ha cuajado en decisiones jurisdiccionales de sumo interés que han permitido una acomodación racional y justa del régimen penitenciario a determinados penados con características singulares mediante la combinación de elementos de grados diversos, particularmente del segundo y tercer grado de clasificación. A continuación vamos a ver detenidamente algunas resoluciones judiciales sobre la aplicación práctica del principio de flexibilidad:

⁶⁴⁷ GONZÁLEZ CAMPO, E., "El principio de flexibilidad... ", *op. cit.*, pág. 26

⁶⁴⁸ TORRECILLA COLLADA, M. P., "Balance de la LOGP tras treinta años de vigencia. Necesidad de abordar algunas reformas", *Diario La Ley*. Nº 7250, 28 Septiembre, 2009, págs. 3-4

a) El caso que se recoge en el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección quinta, nº 1011/2000, de 18 de julio de 2000, en un caso en que se planteaba el problema de la clasificación en tercer grado de un interno, de nacionalidad extranjera, condenado por delito contra la salud pública y contrabando a una pena de nueve años y seis meses de prisión, el cual no había podido disfrutar de permisos de salida por el hecho de ser extranjero generándose el ya clásico círculo vicioso según el cual el interno al que no se conceden permisos de salida se ve imposibilitado para buscar trabajo y contactos en el exterior que le permitieran ganar el arraigo social necesario para acceder al régimen de semilibertad, y a su vez, su falta de arraigo social le impide el acceso al disfrute de permisos.

El correspondiente Juzgado de Vigilancia Penitenciaria había confirmado la decisión administrativa de denegarle la progresión al tercer grado y la representación procesal del interno había recurrido en apelación, instando dicha progresión.

La Audiencia Provincial de Madrid observa el círculo vicioso que se plantea entre denegación de permisos e imposibilidad de obtener un arraigo apropiado para la progresión y trata de romper dicho círculo vicioso haciendo uso del criterio de flexibilización de grados del art. 100 RP a cuyo objeto manifiesta en su fundamento de derecho segundo que: "En estos casos el tribunal ha optado en alguna ocasión y opta en esta por romper el círculo vicioso que solo puede desembocar en que los internos cumplan íntegramente sus condenas sin beneficio ni suavización alguna y lo hace y lo hará esta vez al amparo del art. 100 del RP. Se trata de mantener al penado en segundo grado pero con salidas durante los fines de semana propias del tercero con el acogimiento de la "Asociación H.", a fin de que pueda ir buscando contactos o contratos como profesional que es de la música. Esta fórmula puede considerarse sin excesiva dificultad que integra el tratamiento específico del penado pues, en lo general, los permisos, aunque formando parte del régimen penitenciario conforme a la ley, tienen el fin de preparar para la vida en libertad respetando la ley penal que es el objetivo último del tratamiento, la diferencia entre salida de fin de semana y permiso es, en su realidad

práctica, mínima y en sus objetivos (art. 86) convergente, las salidas se integran en el tratamiento, como los permisos, tal como revela el singular protagonismo en su concesión de la Junta de Tratamiento (Art. 86, 87, 160 a 162 del Reglamento); y en lo particular este tipo de salida de fin de semana es el que más se acomoda al contacto con el mundo no carcelario de un preso extranjero y profesional de la música por ser los días en que más oferta puede haber para su trabajo”.

Por tanto, mediante la aplicación al segundo grado penitenciario del régimen de salidas de fin de semana característico del tercer grado, antes de proceder a la efectiva progresión y como período preparatorio o de consolidación de factores positivos, se consigue una adecuada adaptación del régimen penitenciario a las circunstancias y necesidades del reo, permitiéndole conseguir un restablecimiento progresivo de sus lazos con la realidad exterior mediante una vía de resocialización que no hubiera sido transitable bajo la vigencia del Reglamento Penitenciario de 1981, mucho más rígido en la definición de los límites entre grados penitenciarios.

Se pone de manifiesto con ello que el tratamiento resocializador no lo suministra la prisión mediante la aplicación profesional de técnicas de intervención en la conducta y personalidad del reo, sino el mundo exterior al que el interno trata de incorporarse, mediante la obtención de un puesto de trabajo o de los contactos precisos con instituciones o grupos que puedan asegurarle la subsistencia en ulteriores estados de ejecución de la pena o en el momento de su excarcelación.

El principio de flexibilidad halla su debida expresión en este caso a través de una diversificación y modalización del régimen penitenciario inédita durante la vigencia del Reglamento anterior, que obtiene amparo legitimador en el proceso de clasificación penitenciaria mediante la combinación de elementos característicos de grados diversos, no para aplicar en sentido estricto un modelo de tratamiento activo regenerador de la personalidad, sino para permitir al reo rehacer su vida por sus propios medios, o mediante el acceso a los recursos sociales externos que se hallen en cada caso disponibles, aliviando el

rigor del régimen penitenciario en aquellos aspectos que puedan resultar obstructivos o contraproducentes para el logro del fin resocializador.

b) Otro ejemplo de aplicación del art. 100.2 RP es el Auto de 15 de Abril del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Valladolid, rec. 1288/2007. Nº de Recurso: 1288/2007 que dispone que “Uno de los aspectos más característicos del sistema de clasificación es su correlación con el régimen de cumplimiento. Y así a los internos clasificados en primer grado se les aplican las normas del régimen cerrado, a los de segundo grado las del régimen ordinario y a los de tercero las del régimen abierto (arts. 10 y 72 LOGP y 90, 100 y 101 RP). Hecha la anterior afirmación, pudiera pensarse que estamos ante un sistema rígido, de compartimentos estancos, primero, segundo y tercer grado. Más no ha de llevarse a engaño, pues hay un principio que alcanza notable desarrollo con el Reglamento de 1996, el principio de flexibilidad, que trastoca todo el sistema, el cual permite romper los rígidos moldes del sistema clasificatorio tradicional, permitiendo combinar las diversas características de los grados de clasificación. Tal principio, lógicamente, tiene que tener una apoyatura legal, pues de no ser así, por muy satisfactorio que en ocasiones pudiera resultar su aplicación, no podría tener acomodo en una norma meramente reglamentaria. Es el art. 71 LOGP el que sirve de punto de partida de este principio, la supeditación del Régimen al Tratamiento, la consideración de aquel como medio y de este último como fin (art. 71 LOGP). *El fin primordial del régimen de los establecimiento de cumplimiento es lograr en los mismos el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento; en consecuencia, las funciones regimentales deben ser consideradas como medios y no como finalidades en si mismas*”. Y así dispone el art. 100.2 RP que *el Equipo Técnico podrá proponer a la Junta de Tratamiento que, respecto de cada penado, se adopte un modelo de ejecución en el que puedan combinarse aspectos característicos de cada uno de los mencionados grados, siempre y cuando dicha medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado, exigiéndose además que esta*

medida excepcional sea ulteriormente aprobada por el Juez de Vigilancia correspondiente, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad. Desde el punto de vista procedimental, el art. 100.2 RP lo que establece es unas salidas dentro de un determinado modelo de ejecución, correspondiendo, conforme establece el art. 273.a) RP a la Junta de Tratamiento al aprobación de aquéllos. Así pues, sobre tal cuestión no es necesario el pronunciamiento del centro Directivo. Por todo lo expuesto se aprueba el modelo de ejecución propuesto por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Valladolid”.

c) El Auto N° 3236/2009 de la Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 5ª, resolviendo un recurso de apelación frente al Auto de fecha 8/7/09 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria N° 2 de Madrid 2 que ratificó la resolución de la Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto de fecha 5/5/09 que acordaba la continuidad en segundo grado de la interna Carmen C.E, condenada a nueve años y un día de prisión por delito CSP. En la resolución del recurso se le levanta el periodo de seguridad y se le aplica el régimen general de cumplimiento pero establece: *“Ahora bien es prematuro el acceso al tercer grado. La interna no ha disfrutado todavía de permisos de salida y debe asegurarse la capacidad laboral que le permita obtener un puesto de trabajo en el exterior, lo que ha de considerarse una condición fundamental de un proyecto de vida hacia el futuro sin conflicto con la Ley Penal, es decir, sin el delito y sin la prisión.*

Por lo cual, a pesar de los datos que permiten efectuar un buen pronóstico de su evolución que, de mantenerse así sin duda podrá culminar en el tercer grado y, en su caso, en la libertad condicional, debe preferirse un proceso gradual. Así, el retorno a la libertad se efectuará paulatinamente, con el fin de que los permisos vayan poniendo a prueba a la recurrente antes de su progreso al régimen abierto pleno.

Conforme alo expuesto, por tanto, y al amparo del principio de flexibilidad que informa el art. 100.2 del Reglamento Penitenciario, deben inagurarse ahora las salidas de permiso, en fines de semana alternos y con las condiciones

que considere oportuno añadir a su disfrute la Junta de Tratamiento, combinadas con su mantenimiento en segundo grado.

La Sala dispone estimar parcialmente el recurso de apelación, acordando el acceso al régimen general de cumplimiento de la interna y el mantenimiento en segundo grado con aspectos del tercer grado en los términos que expresa el fundamento cuarto de esta resolución.”

d) Otro caso, respecto la aplicación del principio de flexibilidad a terroristas, fue el del JVP de la Audiencia Nacional, José Luis Castro, quien autorizó que el ex dirigente etarra José Luis Álvarez Santacristina, "Txelis", saliese varias horas al día de prisión puesto que con ello se "hace posible" su alejamiento de ETA y se responde a sus "esfuerzos" por dejar la banda. Este magistrado respaldó la postura de la Fiscalía, que había dado el visto bueno a la Junta de Tratamiento de la prisión de Nanclares de Oca (Álava), que consideró que "Txelis", expulsado de la banda en 1998, cumplía todos los requisitos legales para poder acogerse al artículo 100.2 del Régimen Penitenciario y abandonar diariamente la cárcel para hacer un curso de formación. "Txelis", que se encontraba en segundo grado penitenciario, había cumplido la mitad de su condena de acuerdo con el antiguo Código Penal, había condenado la violencia terrorista, se había comprometido a pagar la responsabilidad civil derivada de sus acciones y había pedido perdón a las víctimas.

El magistrado entiende que la aplicación de esta medida "hace posible el alejamiento del interno de los postulados y medios e instrumentos criminales de ETA", por lo que "permite dar una respuesta proporcionada y constante a los esfuerzos de los internos por separarse del entorno de una organización criminal".

Para Castro, el ex dirigente de ETA "es una persona distinta a la que entró en prisión para cumplimiento de condena, mostrando un rechazo absoluto a la violencia y unas convicciones personales y morales firmes y sólidas al respecto".

Según el Auto, la desvinculación de ETA de "Txelis", que acababa de cumplir la mitad de su condena de 30 años de cárcel, era "total y manifiesta", además de no acataba ninguna de las directrices de la banda e incluso las criticaba cuando tiene ocasión.

Así, Castro detalla que el preso manifestó, después del asesinato del concejal del PP Miguel Ángel Blanco en 1997, que la "lucha armada de ETA está conociendo como nunca el desprestigio político y social, y añade que "tras un proceso de conversión religiosa sorprendió" a la dirección de la banda con un documento en el que pedía el abandono de las armas.

También recuerda que en 2002 dirigió un escrito al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria para aclarar que una de sus comparecencias en la Audiencia Nacional no quedó lo suficientemente claro que había abandonado la organización terrorista "para asumir ahora su militancia en pro de la libertad, la justicia y la paz desde sus convicciones y principios evangélicos".

El magistrado se refiere también al comportamiento del preso en la cárcel y asegura que a veces, a raíz de algún atentado, se ha dirigido a los funcionarios "manifestándoles su pesar y disculpándose".

La medida que se le aplicará consiste en salidas diarias al exterior para asistir a un curso formativo, no disfrutará de permisos los fines de semana, se llevarán a cabo entrevistas de seguimiento y se le exigirá la presentación periódica de la documentación que acredite la realización de las actividades formativas.

La concesión de este régimen de flexibilización, según el juez, permite "un mejor y mayor control" del interno, que lo aproxima más a un segundo grado penitenciario que a un tercero, además de que se podrá constatar en el tiempo su evolución, de la que dependerá que se modifiquen nuevamente.

La aplicación del principio de flexibilidad para terroristas ha dado lugar a que la Asociación de Víctimas del Terrorismo haya pedido al Ministerio del Interior delimitar al máximo el

Reglamento Penitenciario y, en concreto, la aplicación de su art. 100.2 para los casos de terrorismo, así como ser informadas caso por caso de todos los movimientos y beneficios otorgados a los internos de la banda terrorista ETA. El fin es evitar falsos arrepentimientos de etarras que puedan aprovecharse del articulado actual para mejorar su situación en prisión.

Para esta asociación, tras la Ley Orgánica 7/2003 de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, el acceso al tercer grado --acudir a la prisión sólo para dormir-- tan sólo es posible para aquellos condenados por terrorismo que hayan cumplido al menos la mitad de su condena, que hayan acreditado su arrepentimiento y muestren su disposición a reparar económicamente a sus víctimas así como a colaborar con la Justicia. Sin embargo, el art. 100.2 tiene una aplicación más flexible que contempla diversas posibilidades en función de otros requisitos.

Este es el caso de los internos en la cárcel alavesa de Nanclares de Oca, Fernando de Luis Astarloa y Andoni Muñoz, quienes, en virtud de ese artículo, tienen permiso para abandonar la prisión a diario para participar durante unas horas en talleres para su reinserción, una medida a la que podrían acogerse más etarras en el futuro. No obstante, este mismo artículo ha servido en otras ocasiones para otorgar permisos de hasta seis días a otros internos o incluso la posibilidad de terminar de cumplir condena en su casa "por razones humanitarias" como fue el caso del terrorista José Ignacio de Juana Chaos.

Las víctimas entienden que esta redacción deja abierta la puerta a una interpretación demasiado flexible que ahora quieren delimitar al menos para los casos de terrorismo. Se trata de un paso intermedio entre el segundo grado --en el que se encuentra la mayoría de presos-- y el tercero, que permite asistir a la cárcel tan sólo para dormir. "Consideramos un insulto y una burla a las víctimas que desde el Ministerio del Interior se justifiquen los beneficios a terroristas de ETA argumentando que ya no son

miembros de esta banda terroristas y alegando que han pedido perdón a las víctimas", argumentó la AVT⁶⁴⁹.

Desde nuestro punto de vista, en muchos de los casos en los que se aplica el art. 100.2 RP es innecesario hacer uso del mismo puesto que, como veremos más adelante, se puede realizar la clasificación en en la modalidad del tercer grado

⁶⁴⁹ Europa Press. 8 de septiembre de 2010. En el mismo sentido en el diario *El País* 2/12/2012: "La Asociación de Víctimas del Terrorismo pide al nuevo Gobierno que forme Mariano Rajoy que reforme la ley para que algunas normas que permiten flexibilizar el cumplimiento de las condenas no puedan aplicarse a presos de ETA ni a otros internos por delitos graves. Así lo ha señalado la presidenta de la asociación, Ángeles Pedraza, en una comida con periodistas este mediodía, en la que ha insistido que mantendrán frente a los populares las mismas "líneas rojas" que han sostenido durante los últimos años frente al Ejecutivo socialista. En concreto, quieren que se reforme en artículo 100.2 del reglamento penitenciario, que es el que ha permitido que algunos de los presos de ETA disidentes de la banda y reclusos en Nanclares de Oca (Álava), puedan salir de la cárcel cada día para trabajar o estudiar a pesar de estar clasificados en segundo grado penitenciario (lo que en principio excluiría este tipo de salidas). El artículo 100.2 es también el que se ha usado en 11 casos de reclusos enfermos graves de ETA para que puedan abandonar la cárcel por cuestiones de salud.

Instituciones Penitenciarias y el juzgado de vigilancia de la Audiencia Nacional sostienen que estas salidas se han autorizado solo cuando los reclusos han cumplido los requisitos que la ley establece para que los terroristas accedan a la libertad condicional: rechazar la violencia, pedir perdón a las víctimas y hacer frente a las indemnizaciones civiles. En algunos casos, los reclusos habían cumplido ya con tres cuartas partes de la condena, por lo que, en principio, podrían haber tenido derecho a acceder al tercer grado penitenciario, pero en Prisiones y en el juzgado se les ha aplicado esta medida intermedia del artículo 100.2 para tenerlos más controlados.

Desde la AVT consideran sin embargo que, en realidad, los requisitos del código penal para la excarcelación no se han cumplido en ninguno de los casos. Señalan que las cartas de perdón que han visto son meros formularios en los que no se pide perdón y que los presos no han verificado el requisito legal de colaborar con la justicia que también consta, como los demás, en el código penal desde 2003. El criterio del juzgado de vigilancia penitenciaria ha sido, hasta el momento, que en los casos de presos antiguos y desvinculados de la banda esta exigencia es de imposible cumplimiento, pero la AVT alega que los terroristas podrían colaborar con actividades delictivas pasadas y crímenes sin resolver y que, legalmente, así deben hacerlo.

restringido del art. 82.1 RP, para ir permitiendo poco a poco las salidas al exterior a trabajar, estudiar, ayudar a la familia, etc. Sólo entendemos necesaria la aplicación del art. 100.2 RP en aquellos casos que haya algún impedimento legal que impida la clasificación en tercer grado: no tener cumplida la mitad condena en determinados delitos (art. 36.2 CP) o que quede por cumplir un quinta parte de la condena (art. 78.3 a), no tener satisfecha la responsabilidad civil o no colaborar con la justicia en determinados delitos (art. 72 LOGP), etc. Por tanto, siempre que no se den este tipo impedimentos se debe llevar a cabo la clasificación en tercer grado para evitar el abuso innecesario del art. 100.2 RP.

3. El fichero FIES y la clasificación penitenciaria

Lo primero que hemos de hacer es definir el concepto FIES, que quiere decir Fichero de internos de especial seguimiento. Es una base de datos de carácter administrativo dirigida a disponer de información de determinados grupos de internos. Se incluyen en el mismo a reclusos por su alta peligrosidad, en atención su historial delictivo o su trayectoria penitenciaria, o bien necesitados de especial protección. Pueden estar en este fichero tanto internos preventivos como penados en cualquier grado de clasificación penitenciaria.

El objetivo de esta base de datos es conseguir una adecuada gestión regimental del sistema penitenciario para garantizar la seguridad interior y exterior de los centros penitenciarios y prevenir incidentes en los mismos, ejerciendo un control adecuado frente a posibles fórmulas delictivas altamente complejas y potencialmente desestabilizadoras del sistema penitenciario⁶⁵⁰.

El origen este fichero está en los planes de intervención que en 1989 se diseñaron para los internos pertenecientes a las

⁶⁵⁰ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓ, J., *Manual...*, op.c it., pág. 382

bandas terroristas, aunque se ampliaron a otros internos. De esta manera lo que había comenzado siendo un marco de seguimiento de internos peligrosos para registrar todas las incidencias que protagonizaban (tales como traslados, nuevas causas, clasificación, sanciones, comunicaciones...), acabó como una desorbitada restricción de derechos a través de una Circular que desarrollaba el primer grado mucho más allá de lo que establecían la LOGP y el RP, con lo cual se estaba creando un nuevo grado de clasificación fuera de cobertura legal necesaria, y en todo caso una cárcel dentro de la cárcel⁶⁵¹.

El fichero FIES ha estado regulado por varias instrucciones de la DGIIPP, la de fecha 13 de noviembre de 1989, la de 6 de marzo de 1991, la de 28 de mayo de 1991, la de 2 de agosto de 1991, la de 13 de septiembre de 1991, la última fue la Inst. 6/2006, de 22 de febrero, que había sustituido a la Inst. 21/1996, de 16 de diciembre, que fue declarada en parte nula de pleno por la STS de la Sala de lo contencioso Administrativo de 17 de marzo de 2009, en Recurso de Casación 9576/2004, al considerar la falta de cobertura legal y reglamentaria de dicha instrucción, vulnerando el principio de jerarquía normativa. Por todo ello la SGIIPP aprobó la Inst. 12/2011, de 29 de julio de 2011, de los “Internos de especial seguimiento/medidas de seguridad”. El problema es que estas instrucciones, a veces, confunden criterios de clasificación con criterios de control⁶⁵².

Según la Inst. 12/2011 la reforma del RP, operada por el Real Decreto 419/2011, de 25 de marzo, viene a dar cobertura reglamentaria expresa al fichero FIES. Esta reforma introduce en su art. 6 RP un nuevo apartado, que faculta a la Administración Penitenciaria a crear ficheros para garantizar la seguridad y el orden en los centros penitenciarios y la integridad de los reclusos, estableciendo posteriormente un límite preciso, la inclusión en el mismo no determinará por si misma la asignación de un régimen de vida distinto de aquél que le

⁶⁵¹ CERVELLÓ DONDERIS, V., *op. cit.*, 1ª Ed., pág. 156; 3ª Ed., pág. 215

⁶⁵² MIR PUIG, C., *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 57.

corresponda reglamentariamente. Igualmente, esta instrucción ordena que la inclusión en el mismo, en ningún caso, debe prejuzgar la clasificación penitenciaria de los internos ni vedar su derecho al tratamiento.

La intervención sobre los internos se ejerce desde los Establecimientos Penitenciarios de acuerdo al grado de clasificación y al programa de tratamiento asignado por la Junta de Tratamiento, cuando se trate de penados, y del principio de presunción de inocencia, cuando éstos estén ingresados en calidad de preventivos. Por tanto, un penado puede estar clasificado en tercer grado y estar incluido en el fichero FIES, pero ello no debe impedirle llevar en régimen abierto el tipo de vida que le corresponda según su situación penitenciaria. Lo que sí debe hacerse desde los centros es remitir toda la información que se genere respecto al penado para mantener actualizado el fichero.

Según esta instrucción el marco de referencia viene determinado por la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, los arts. 6 al 9 del RP y la Orden del Ministerio del Interior 1202/2011, de 4 de mayo, por la que se regulan los ficheros de datos de carácter personal del Ministerio del Interior.

El fichero FIES, regulado por la Inst. 12/2011, almacena los datos siguientes: datos de filiación, datos penales y procesales, datos penitenciarios, incidencias protagonizadas por el interno y su actividad delictiva, además de las comunicaciones con el exterior. Dicha información se recibe desde el expediente, informes profesionales y otros informes de los centros penitenciarios, de otras unidades de la SGIIPP y otras instancias ajenas a la institución penitenciaria.

El alta y la baja en el fichero se producira por decisión de Centro Directivo de la SGIIPP a la vista de los informes que se posean, de oficio o a propuesta de los responsables de los centros. Una vez incluido el interno en el fichero se le debe notificar esta situación indicándole la posibilidad de ejercer el derecho rectificación y demás derechos que establece la LO de Protección de Datos, así como la de acudir en queja ante el JVP.

Existen diferentes categorías dentro del régimen FIES y cada una aglutina a un colectivo de presos diferente, dependiendo principalmente de los delitos o infracciones del recluso. Las cinco categorías son las siguientes:

*FIES 1 CD (Control Directo). Internos considerados especialmente conflictivos y peligrosos, que han protagonizado alteraciones regimentales muy graves dentro de la prisión o en los traslados, poniendo en peligro la vida o integridad de funcionarios, autoridades, otros internos o personal ajeno a la institución, tanto dentro como fuera del centro con ocasión de salidas para traslados, diligencias y otros motivos.

*FIES 2 DO (Delincuencia organizada). Personas ingresadas en relación con delitos cometidos en el seno de organizaciones o grupos criminales conforme a los conceptos fijados en los arts. 570 bis y 570 ter CP, tanto si se trata de delitos independientes relacionados con la participación en los mismos, cuanto si en la tipificación de las infracciones se ha previsto específicamente un subtipo agravado por pertenencia a organización, así como internos de alto potencial de peligrosidad ingresados por su vinculación con asociaciones ilícitas. La Inst. 12/2011 establece tres grupos o niveles dentro de la delincuencia organizada en función de su potencialidad delictiva: nivel superior, medio e inferior.

*FIES 3 BA (Bandas Armadas). Todos los pertenecientes a banda armada o elementos, y aquellos que, de acuerdo con informes de las Fuerzas de Seguridad, colaboran o apoyan a estos grupos. Normalmente los miembros de ETA y GRAPO son incluidos en FIES 3.

*FIES 4 FS (Fuerzas de Seguridad y Funcionarios). Se incluyen internos que pertenecen o han pertenecido a determinados colectivos, por ejemplo miembros de las fuerzas de seguridad (art. 8 de la Ley Orgánica de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado) o del sistema penitenciario. En este caso, el régimen FIES se les aplica para protegerlos del resto de presos y evitar peleas o agresiones.

*FIES 5 CE (Características Especiales). En esta categoría se incluyen diversos tipos de internos:

-Con historial penitenciario de alta conflictividad, evasiones o violencia grave.

-Autores de delitos graves contra las personas, contra la libertad sexual, o relativos a la corrupción que hayan generado una importante alarma social

-Pertenecentes o vinculados a grupos violentos

-Sin estar procesado o condenados por terrorismo islamista, destaquen por su fanatismo radical, por su afinidad al ideario terrorista, y por liderar o integrar grupos de presión o captación en el Centro penitenciario

-Condenados por el Tribunal Penal Internacional

-Los colaboradores de la justicia contra bandas terroristas u otras organizaciones criminales.

Esta base de datos, como ya hemos expuesto, sólo tiene carácter administrativo, pero hay aspectos que pueden vulnerar derechos fundamentales, por lo tanto la regulación tendría que aparecer en la LOGP⁶⁵³ pero ni esta ley ni el RP hacen mención a este fichero hasta la reforma de este último, operada por el RD 419/2011, de 25 de marzo, que regula el fichero de los internos de especial seguimiento.

En varios autos de la Audiencia Provincial de Madrid Sección 5ª se discutieron la regulación del fichero FIES y su legalidad, pero el Auto 271/2001 del 9 de febrero de 2001 consideró que dichos ficheros eran lícitos, igualmente el Auto 32/2002, de 11 de enero. Pero la STS de la Sala de lo contencioso Administrativo de 17 de marzo de 2009, en Recurso de Casación 9576/2004, declaró ilegal el régimen FIES por vulnerar los derechos de los presos y excederse de las competencias que los reglamentos de los que forma parte

⁶⁵³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Coordinador), ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., FERNÁNDEZ GARCÍA, J., PÉREZ CEPEDA, A. I., SANZ MULAS, N., *Lecciones...*, págs. 115-116

poseen, exigiendo para poder ser aplicables un carácter legal que no poseen.

La indicada sentencia establece que las Circulares, Instrucciones y Órdenes de servicio no son “normas jurídicas” en sentido estricto y no son creadoras de Derecho, por tanto no son el medio idóneo para regular los derechos y deberes de los internos en los centros penitenciarios.

El principio de legalidad se debe respetar durante la ejecución penitenciaria de la pena con el fin de limitar la poderosa capacidad de la Administración penitenciaria de restringir derechos y libertades. Uno de los principales motivos de tal situación ha sido la quiebra del principio de legalidad penitenciaria sufrido en los últimos años, debido, entre otras cosas, a la laxitud de su regulación en el Código Penal, que permite la falta de rigidez en la delimitación entre las materias legislativas y reglamentarias, provocando con ello, no sólo la interferencia reglamentaria en el ámbito competencial de la Ley, sino incluso de las Circulares e Instrucciones en el ámbito de aquéllas⁶⁵⁴.

La referencia del Código Penal en su art. 3.2 y la LOGP a los reglamentos que desarrollan ambas leyes permite la utilización de los mismos para regular la ejecución penitenciaria de la pena, pero no deben invadir las competencias expresamente reservadas a la ley y que en todo caso se trate de un desarrollo de lo establecido legalmente, sin permitir restricciones de derechos *ex novo* sin cobertura legal⁶⁵⁵. La remisión del art. 3.2 CP a los reglamentos ha de entenderse respetuosa con el principio de jerarquía normativa establecido en el art. 9.3 CE, de manera que, ante un conflicto entre el

⁶⁵⁴ CERVELLÓ DONDERIS, V., “Revisión de la legalidad penitenciaria...”, *op. cit.*, pág. 6

⁶⁵⁵ MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Navarra, 2005, pág. 35

contenido del Reglamento y el de la Ley, sin duda ha de prevalecer ésta⁶⁵⁶.

Las normas relativas a la clasificación de los penados, por cuanto, al permitir restricción de actividades, medidas de vigilancia y régimen interno, están afectando al derecho a la libertad protegido en el art. 17 CE, también deben quedar sometidas a la reserva de ley las previsiones relativas a los permisos de salida, comunicaciones y visitas, por cuanto son una manifestación del principio de reeducación y reinserción social protegido en el art. 25.2 CE⁶⁵⁷.

Las Circulares, Instrucciones y Órdenes de servicio no son “normas jurídicas” en sentido estricto, y por tanto, no son creadoras de Derecho. Deben ser entendidas a la luz del art. 21.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre), como directrices de actuación mediante las cuales los órganos administrativos pueden dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes. En virtud de ello, la Administración Penitenciaria dirige las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante circulares, instrucciones y Órdenes del servicio, según dispone la Disposición Transitoria 4ª del Reglamento Penitenciario de 1996. Por tanto, como directrices de actuación e instrumento interpretativo, no pueden en ningún caso regular materia sustantiva, ni pueden excederse de los límites de disposiciones de mayor rango (leyes y reglamentos), ni pueden innovar el ordenamiento jurídico (no pueden regular situaciones no previstas en la leyes y reglamentos).

La Comisión de Estudios e Informes del CGPJ en septiembre de 2010, informó favorablemente la reforma del Reglamento Penitenciario (operada por el RD 419/2011, de 25

⁶⁵⁶ CERVELLO DONDERIS, V. “Revisión de la legalidad penitenciaria...”, *op. cit.*, pág. 12

⁶⁵⁷ CERVELLO DONDERIS, V. “Revisión de la legalidad penitenciaria...”, *op. cit.*, pág. 9

de marzo), pero consideró que en dicha propuesta se había detectado excesiva indeterminación en algunos aspectos⁶⁵⁸.

La importante STS de 17 de marzo de 2009, no anula el exclusivo carácter administrativo del fichero FIES, pero sí invalida que por medio de Instrucciones o Circulares administrativas se establezcan normas de carácter general que afecten a derechos y deberes relativos a los internos⁶⁵⁹.

Consideramos importante hacer mención a la STS de 17 de septiembre de 2009 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 5ª), que rechaza la competencia del órgano jurisdiccional contencioso-administrativo para entrar a conocer la pretensión de exclusión del fichero FIES de un interno, de donde se colegiría la competencia del JVP al respecto⁶⁶⁰. Por ello el JVP nº 3 de Madrid, en Auto de fecha 23 de abril de 2009, ordena que: “*resulta necesario actualizar en bases temporales que impliquen cuando menos una revisión con carácter semestral la justificación del mantenimiento de inclusión del interno en el fichero FIES-1, fundamentando tal decisión y abriendo la puerta a que pudiera ser revisada en vía judicial*”.

Para concluir, aunque el estar incluido en el fichero FIES ya no se trata de una clasificación (de hecho puede ser FIES quien no está en primer grado y viceversa)⁶⁶¹ sino de una base de datos para disponer de mayor información sobre las circunstancias penales, procesales y penitenciarias de determinados grupos de reclusos que es aplicada por el Centro Directivo, todavía se sigue denunciando su improcedencia e

⁶⁵⁸ MIR PUIG, C., *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 58

⁶⁵⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Coordinador), ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., FERNÁNDEZ GARCÍA, J., PÉREZ CEPEDA, A. I., SANZ MULAS, N. *Lecciones...*, *op. cit.*, págs. 115-116

⁶⁶⁰ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., *Manual de... op. cit.*, pág. 383.

⁶⁶¹ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., *Manual de... op. cit.*, pág. 161

ilegalidad⁶⁶². Por tanto, aunque actualmente esta base de datos esté regulada en el RP, no cabe duda que es preocupante la utilización que se puede hacer con esos datos⁶⁶³ para la posterior denegación de permisos, pase a tercer grado o libertad condicional, pues aunque haya cobertura reglamentaria no la hay legal, por tanto debería estar incluida en una futura reforma de la LOGP, por ser el lugar natural adecuado a las exigencias constitucionales del principio de legalidad, seguridad jurídica y jerarquía normativa; ya que como dice textualmente la STS de 17 de marzo de 2009 en uno de sus Fundamentos de derecho: *“todo lo relativo a la clasificación y tratamiento está reservado a la Ley penitenciaria y al Reglamento que la desarrolla”*.

⁶⁶² RÍOS MARTÍN, J. C., “Los ficheros de internos de especial seguimiento”, *Cuadernos de Derecho Penitenciario*, Nº 3 Mayo 1998, Colegio Abogados de Madrid.

⁶⁶³ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., *Manual de... op. cit*, pág. 161

C. LA CLASIFICACIÓN EN TERCER GRADO EL TERCER GRADO

El tercer grado⁶⁶⁴, aunque se puede aplicar desde el inicio de cumplimiento de la pena, se suele aprobar a los internos que se encuentran en las últimas etapas del cumplimiento de sus condenas y que se hallan más preparados para reiniciar su vida fuera de la prisión, en sociedad. Este grado conlleva el régimen abierto, que puede desarrollarse en centros abiertos, secciones abiertas, unidades dependientes, centros de inserción social y centros extrapenitenciarios para rehabilitación de toxicómanos. Pero régimen abierto no debe ser concebido como el proceso final de la intervención penitenciaria para aquellos internos ya adaptados socialmente, sino como el marco desde el que conseguir, más eficazmente, una intervención comunitaria que potencie las posibilidades de reintegración social.

⁶⁶⁴ GALLEGO DÍAZ, M., CABRERA CABRERA, P., RÍOS MARTÍN, J. y S SEGOVIA BERNABÉ, J. L., *Andar 1 KM. en línea recta. La cárcel del siglo XXI que vive el preso*, Universidad Comillas, 2010: La concesión menos restrictiva del tercer grado, se ha duplicado de unos 4.500 en 1999 a 8.372 en 2008. Por otra parte, de 3.121 permisos concedidos en 1979 se ha pasado a 90.668 en 2008. Hace 30 años se beneficiaron 1.269 presos y ahora son 19.274. El índice de no reingreso en relación al número de permisos ha pasado de un 3,65 por ciento a un 0,57, casi siete veces menos. Y lo mismo ocurre con los permisos de fin de semana: 36.558 en 1979 y 171.859 en 2009. A finales de los setenta se registraron 158 ausencias y en 2008, 32. Tenemos un índice de fracaso penitenciario inferior al de otros países europeos, que además está por debajo del límite del 3 por mil que se considera tolerable; pero, "la presión social, mal informada de los resultados de los permisos penitenciarios, acaba provocando una actitud defensiva y de irresponsable delegación en otros por parte de los operadores penitenciarios y judiciales".

Fijémonos en el siguiente cuadro para constatar la evolución del tercer grado penitenciario en los últimos años⁶⁶⁵ :

Año	3º grado	Penados	Porcentaje
1999:	4.554	33.403	13,63
2000:	4.645	35.109	13,23
2001:	4.863	36.436	13,27
2002:	5.361	39.032	13,73
2003:	5.104	42.744	11,94
2004:	5.585	45.384	12,30
2005:	6.195	46.420	13,34
2006:	6.944	48.073	14,44
2007:	7.740	49.943	15,49
2008:	8.372	54.746	15,29
2009:	9.618	59.518	16,15
2010 ⁶⁶⁶ :	7.883	50.737	15,53

Lo sorprendente a primera vista es que el número de internos clasificados en tercer grado –grado de tratamiento indispensable para poder obtener la posterior concesión de libertad condicional- no ha disminuido proporcionalmente en los últimos diez años. La reforma de 2003, encaminada a hacer más difícil también la obtención de este grado penitenciario (obligación de haber satisfecho la responsabilidad civil y

⁶⁶⁵ Datos de la Secretaria General IIPP

⁶⁶⁶ Hemos de destacar que durante el año 2010 disminuyó la población reclusa penitenciaria por varios motivos y sobre todo a partir del 23 de diciembre de 2010 que entró en vigor la LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, lo que supuso la excarcelación de muchos penados, en su mayoría condenados por delitos CSP. Todo ello hizo que el porcentaje de clasificados en tercer grado descendiese frente al año 2009 que fue en el que más clasificaciones en tercer grado ha habido en nuestra historia penitenciaria.

exigencia de un periodo de seguridad previo a su concesión), condujo a una recesión durante un par de años. Pero, a partir de 2005, ha vuelto a recuperarse el porcentaje de concesiones, e, incluso, en los últimos tres años, ha habido una mayor tasa de clasificaciones en tercer grado que la existente antes de 2003.

Según la Inst. 9/2007 que los objetivos a alcanzar en el régimen abierto son:

-Que accedan al tercer grado *todos los penados capacitados* para cumplir su pena en régimen de semilibertad.

-Que la práctica totalidad de los penados que acceden al tercer grado *finalicen en él su etapa de cumplimiento* previa a la libertad.

Dado que el régimen abierto supone una forma de cumplimiento mucho más próxima al contexto social del interno, es prioritaria la labor de todos los profesionales encaminada a detectar y favorecer la inserción en dicho contexto. Por tanto las expectativas y la *necesidad de tratamiento en medio comunitario* será un criterio relevante para la clasificación en tercer grado.

La clasificación en tercer grado presupone, generalmente, la existencia de algunas de las siguientes situaciones:

- Continuidad en el exterior en programas de tratamiento que ya venga realizando el interno (Por ejemplo, el típico caso del que se encontraba en tratamiento de su drogodependencia en un centro extrapenitenciario de deshabitación y se considera que debe continuar en el mismo para superarla).

- Necesidad de tratamiento en medio comunitario.

- Proyecto de vida válido y contrastable para hacer una vida honrada en libertad.

1. Formas de acceso al tercer grado

Dentro del amplio espectro de clasificaciones en tercer grado podemos distinguir los siguientes supuestos:

1. *Clasificaciones iniciales en tercer grado.* En este caso el interno no ha experimentado, al menos teóricamente, una actuación expresa del tratamiento sobre él, y cabe suponer que o bien no se ve necesitado de un especial tratamiento resocializador o bien el mismo debe llevarse a cabo en el marco del régimen abierto. En ambos supuestos las variables de carácter criminológico-penal (ausencia de carrera delictiva, no excesiva condena, tipo delictivo etc.) y social (ausencia de carencias socio-laborales etc...) son las que definen el perfil del interno.

Ordena la Inst. 9/2007 serán clasificados inicialmente en tercer grado aquellos internos que presenten un pronóstico de reincidencia medio bajo a muy bajo, y no presenten factores de inadaptación significativos.

El *pronóstico de reincidencia* bajo será apreciado por la existencia de factores tales como:

- Ingreso voluntario.
- Condenas no superiores a 5 años (recordemos la existencia del periodo de seguridad del art. 36.2 CP, y por tanto es razonable este límite temporal).
- Primariedad delictiva o reincidencia de escasa.
- Antigüedad en la causa por la que ingresó (más de tres años).
- Correcta adaptación social desde la comisión de los hechos hasta el ingreso.
- Baja prisionización.
- Apoyo familiar pro social (origen y/o adquirida).
- Asunción del delito.
- Personalidad responsable.
- En el caso de adicciones, que se halle en disposición de tratamiento.

Además de la concurrencia de estos factores positivos, será preciso que los internos *no presenten factores de inadaptación* significativos, tales como:

- Pertenencia a organizaciones delictivas.
- Personalidad de rasgos de carácter psicopático.
- Inadaptación a prisión.
- Escalada delictiva, etc.

2. *Progresiones a tercer grado como nueva fase del tratamiento.* En este caso priman las variables más propiamente penitenciarias concretadas en la evolución positiva puesta de manifiesto a través de la participación en actividades de carácter formativo, laboral o propiamente terapéuticas, así como la capacidad de cumplimiento en régimen de semilibertad puesta de manifiesto en el disfrute regular de varios permisos de salida. Junto a ello también resulta necesario contar con una planificación de las actividades a realizar en la nueva fase del tratamiento: laborales, formativas, programas de apoyo en toxicomanía o alcoholismo. En estos casos las variables penales referidas a trayectoria delictiva y tiempo que le resta de condena jugarán un peso más importante si es que con anterioridad el sujeto había disfrutado del régimen abierto, la libertad condicional, fracasando en el mismo.

Según la Inst. 9/2007 podrán ser progresados a tercer grado los internos que presenten *una evolución favorable en segundo grado de tratamiento*, contrastada a través de datos tales como:

-Haber obtenido una valoración normal o superior en las evaluaciones, dentro de las actividades programadas con carácter prioritario en el PIT (programa individualizado de tratamiento).

-Estar incluido en un programa de tratamiento al que se le pueda dar continuidad en el medio comunitario.

-Permisos disfrutados sin incidencias o internos que sin haber disfrutado permisos, su evolución y las fechas de cumplimiento aconsejan un tercer grado.

-Asuencia de sanciones disciplinarias

En el caso de delitos de extrema gravedad o que hayan provocado alarma social, se exigirá un estudio exhaustivo de las circunstancias y, en su caso, de los posibles tratamientos que deban seguir, para que en ningún caso estos condicionantes impidan la progresión.

En aquellos casos, en que circunstancias diversas del penado así lo aconsejen, o sea precisa una intervención específica preparatoria de un régimen abierto pleno, se aplicará al interno el *régimen restringido* previsto en el art. 82 RP.

En todo caso, la inexistencia de oferta laboral en el exterior, no supondrá “per se” la asignación de un régimen restringido si el penado esta incluido en otras actividades educativas, terapéuticas, etc.

El disfrute previo normalizado de permisos, anterior a la clasificación en tercer grado, con ser un criterio que puede orientar y favorecer la progresión a régimen abierto, no es un requisito imprescindible para ello.

3. *Progresiones a tercero en fase próxima a la libertad condicional.* También es posible contemplar el pase a régimen abierto no sólo desde la situación previa al mismo sino con una perspectiva de futuro. Aunque el quantum de la condena pendiente no debe jugar como factor “motriz” que atraiga al interno hacia el tercer grado, cuando ya le falta poco tiempo para el cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena (y en tal sentido los criterios para la progresión hacen referencia clara a evolución positiva, es decir, a factores antecedentes a la propia progresión) debe reconocerse una influencia real del simple transcurso temporal del cumplimiento en la progresión a tercer grado de algunos internos. Se trata de internos en los que la evolución ha tenido un carácter más pasivo que activo, que ha disfrutado algún permiso de salida y respecto del cual se puede realizar un pronóstico de respetar la ley penal en el tiempo de condicional.

Lo que no permite la LOGP ni el RP son las famosas *propuestas de tercer grado a los solos efectos de libertad*

condicional. Son casos de internos que no se consideraban adecuados para estar realmente en régimen abierto, que no se confiaba en ellos por su incorregible habitualidad delictiva, se les abría, sin embargo la puerta a la libertad condicional en auténtico fraude legal. El carácter progresivo de nuestro sistema de ejecución tiene una finalidad absolutamente clara y precisa: facilitar la reinserción social del penado y por tanto no puede aplicarse como medio de dulcificación de la pena en base a criterios meramente temporales. La clasificación en tercer grado es un requisito previo para la libertad condicional y nunca una gestión necesaria y condicionada por la proximidad de las fechas de cumplimiento de las 3/4 partes de la condena. El tercer grado tiene que venir justificado por la conducta previa del interno y el correcto funcionamiento de las fases anteriores. Por ello resulta deseable que las progresiones a tercer grado se planifiquen y preparen con tiempo suficiente para permitir un correcto y real funcionamiento de este periodo. En ese sentido el RP de 1996 ha acabado con una práctica viciosa en base al RP de 1981 cual era clasificar o progresar a un interno a tercer grado próximo a la condicional, pero en el régimen limitado del art. 43 RP manteniéndole en el establecimiento de régimen ordinario, sin traslado al Centro de régimen abierto. Con la actual regulación la clasificación en tercer grado conlleva siempre la aplicación del régimen abierto.

Los Jueces de Vigilancia tenían adoptado un Criterio en esta materia : *“Cuando hallándose un interno próximo al cumplimiento de las 3/4 partes de su condena , estuviere aún clasificado en segundo grado, el JVP de oficio o a instancia del interesado, podrá requerir a la Junta Tratamiento para que, a la mayor brevedad posible , se pronuncie sobre la procedencia de proponer o no a la Dirección General el pase a tercer grado de dicho interno, resolución que habrá de ser notificada formalmente al mismo.”* Pero posteriormente, en la reunión del año 2007, se rechazó este criterio tradicional, claramente favorable a dar facilidades para la concesión de la libertad condicional, por doce votos a favor de suprimirlo y sólo dos a favor de mantenerlo.

Por tanto, antes de la reforma de la LO 7/2003, de 30 de junio, siempre que de la observación y clasificación correspondiente de un interno resultaba estar en condiciones para ello, podía ser situado inicialmente en un grado superior, salvo el de la libertad condicional, sin tener que pasar necesariamente por los que le preceden (art. 72. 2 y 3 de la LOGP). En el mismo sentido se pronuncia el art.102.4 RP: “*La clasificación en tercer grado se aplicará a los internos que por sus circunstancias personales y penitenciarias estén capacitados para llevar un régimen de vida en semilibertad*”. Esta normativa es la base del sistema de individualización científica separado en grados que establece nuestra legislación penitenciaria, como ya hemos visto con anterioridad.

2. Criterios generales para la clasificación

La clasificación en grado de un interno no es algo matemático que derive de la aplicación exacta del contenido de una norma jurídica, sino que supone la valoración de un conjunto de datos obtenidos en una operación lógica y científica, para obtener un resultado.

La LOGP regula la materia de los criterios y variables en el art. 63 y 64, y en sede reglamentaria en el art. 102 del RP. Esta redacción similar a la dada también por el RP del año 1981 en su art. 241.

Dice el art. 63: “*La clasificación debe tomar en cuenta no solo la personalidad y el historial individual, familiar , social y delictivo del interno, sino también la duración de la pena y medidas penales en su caso, el medio a que probablemente retornará y los recursos facilidades y dificultades existentes en cada caso para el buen éxito del tratamiento.*”

Por su parte el art. 64.2 establece que: “*Una vez recaída sentencia condenatoria se completará la información - obtenida en la fase de preventivo - con un estudio científico de la personalidad del observado, formulando en base a dichos estudios e informaciones una determinación del tipo criminológico, un diagnóstico de capacidad criminal y*

adaptabilidad social y la propuesta razonada de grado de tratamiento y destino al establecimiento que corresponda.” Como bien indica este artículo sólo se puede clasificar a los penados, es decir, después de recaída sentencia condenatoria firme.

3. Variables de clasificación penitenciaria

Estas variables son unos criterios de clasificación que aparecen establecidos en el art. 63 LOGP, que son comunes a todos los tipos de grado. Conforme a la generalidad de la doctrina⁶⁶⁷ dichos datos podemos agruparlos del siguiente modo:

-*Criterios penales*: relativos a la condena, duración de la pena y otros datos recogidos en la sentencia: existencia o ausencia de antecedentes, síntesis de la actividad delictiva...

-*Criterios científicos*: relativos a las valoraciones psicosociales (equilibrio personal, madurez, perfil caracteriológico habilidades sociales, presencia de anomalías, etc.) y criminológicas (tipo de autor, desarrollo de carrera criminal,...).

-*Criterios penitenciarios*: relativos a la necesidad de cumplimentar determinados requisitos en situaciones específicas (por ejemplo para la. inicial en tercer grado), tiempo de estancia continuada, conducta penitenciaria,...

-*Variables de orden sociológico*: medio del que proviene y en el que previsiblemente se reintegrará y recursos sociales con los que cuenta en el exterior.

-*Conceptos indeterminados*: relativos a un pronóstico sobre la conducta del interno que exige la integración de conceptos como confianza en la actitud del interno, en sus posibilidades de actuación, etc. La LOGP recurre con frecuencia a conceptos jurídicos indeterminados que no pueden ser

⁶⁶⁷ En similares términos se pronuncia RÍOS MARTÍN, J C., *Manual de ejecución penitenciaria: defenderse de la cárcel*, Madrid, 2004, pág. 83

interpretados en clave meramente “técnica” (en el sentido de las ciencias extrajurídicas), provistos además de cierto contenido moralizante, tales como “conducta global del interno” (art. 65.2), “evaluación favorable de la personalidad” (art. 65.3), buena o mala conducta, que ha sido interpretada como “cualquier actividad observable del interno” desprovista de valoraciones jurídicas o morales⁶⁶⁸. Al mismo tiempo puede apreciarse un esfuerzo del legislador por introducir criterios de corte garantista propio de un “Derecho penal del hecho” que eviten una moralización del tratamiento incompatible con la Constitución, como en la alusión, enderezada a lograr fórmulas de equilibrio, a “los rasgos de personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva” (art. 65.2), aunque quepa lamentar que en situaciones de tanta trascendencia como la prevista en el art. 65.3 abra un espacio excesiva a la inseguridad jurídica⁶⁶⁹.

Se valoran por lo tanto el tipo criminológico del interno, sus características psicológicas y su entorno familiar, se analiza también su entorno social y el medio en el que se desenvuelve su vida, a los efectos de determinar las posibilidades reales desde el punto de vista socioeconómico tiene para la normalizar su vida; y se introduce como variable la propia duración de la pena que ha de cumplir; es decir, la gravedad de la misma, como elemento que ha de ser valorado conjuntamente con los restantes a la hora de hacer un juicio de ponderación adecuado⁶⁷⁰.

Por tanto, de una interpretación conjunta de ambos artículos 63 y 64 LOGP, resulta que el análisis de las variables debe conducir a *conocer la personalidad del penado*, y más exactamente aquellos aspectos de la misma directamente relacionados con la actividad delictiva. Esto es lo que importa

⁶⁶⁸ ALARCÓN BRAVO, J., “El tratamiento...”, *op. cit.*, págs. 109-110

⁶⁶⁹ TAMARIT SUMALLA, J. M^a., GARCÍA ALBERO, R., RODRÍGUEZ PUERTA, M^a J. y SAPENA GRAU, F., *Curso...*, *op. cit.*, 2^a Ed., 2005, pág. 266

⁶⁷⁰ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., *Manual...*, *op. cit.*, pág. 355

pues las variaciones posteriores (progresión o regresión de grado) operan sobre la evolución de la personalidad, siendo las variables enunciadas meros síntomas o elementos que sirven para apreciarla. Para ello se tendrá en cuenta tanto la información obtenida del análisis documental como de la observación directa de la conducta (para algunos autores constituye el primer y único criterio para apreciar los rasgos de la personalidad y su evolución) y a un segundo nivel, el estudio científico de la personalidad para lo que se utilizan diversas técnicas psicológicas (test de personalidad, psicométricos etc...).

Según el art. 64.2 LOGP al realizar el *diagnóstico de peligrosidad* se ha de valorar la capacidad criminal y la adaptabilidad social.

A) Para valorar la *capacidad criminal*, estudiarán rasgos tales como:

- *Egocentrismo*, entendido como la visión que el interno tiene de sí mismo y la dificultad de éste para asimilar los valores sociales del medio en que vive.

- *Agresividad*, es decir, la especial energía criminal que le permite al delincuente superar los obstáculos para cometer el delito.

- *Labilidad*. Consiste en la incapacidad del sujeto para realizar proyectos duraderos ya que busca la gratificación a corto plazo. Este rasgo es muy común entre los delincuentes multirreincidentes.

- *Indiferencia afectiva*. Es la frialdad del delincuente para cometer el delito.

B) La *adaptabilidad social* nos indicará la facilidad del interno para insertarse al medio social, cuando salga en libertad; para ello debe valorarse si dispone de apoyo familiar o social, de trabajo, etc. Es decir, se tendrá en cuenta si tiene suficientes recursos sociales para llevar una vida normalizada sin delitos.

Del análisis de estos criterios y variables indicadas en los artículos citados se debe obtener como resultado el conocimiento de la personalidad del penado y, sobre todo,

aquellos factores que pueden guardar relación con una posible reincidencia en delito. Por tanto, se deben valorar las alternativas posibles existentes para tratar de superarlos y que así, una vez puesto en libertad tenga el interno la capacidad suficiente para no volver a delinquir.

Para llegar a ese resultado se han de realizar los siguientes estudios:

A) *De la personalidad del penado* para mejor comprensión de sus condiciones caracterológicas⁶⁷¹ que, según **Armenta González-Palenzuela** y **Rodríguez Ramírez**⁶⁷², debe comprender el análisis de las valoraciones psicológicas siguientes:

a) *Inteligencia*. Como capacidad general para resolución de problemas, aptitudes, pensamiento, razonamiento...

b) *Motivación*. Análisis de las expectativas, valores, intereses...

c) *Emociones*. Estudio de la estabilidad personal, de respuestas frente a la frustración, de la agresividad, de conflictos...

d) *Autoconcepto o identidad*. Roles que desempeña, autoevaluaciones, grado de autocontrol, autoestima...

e) *Actitudes y normas*. Sistema de normas morales o éticas, conceptualización del mundo social, evaluación de los delitos...

B) *Del historial personal*. Debe comprender el estudio longitudinal de la biografía del penado desde su nacimiento hasta el presente, valorando especialmente las relaciones familiares, sociales y ambientales.

⁶⁷¹ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., *Manual...*, *op. cit.*, pág. 354

⁶⁷² ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V., *op. cit.*, pág. 204

C) *De la situación social*. Hay que valorar el medio social del que proviene el penado y al que previsiblemente se reincorporará, así como los recursos sociales con los que cuenta (si podrá tener un puesto de trabajo, si va a realizar algún tipo de formación académica, laboral...). Se trata de estudiar los factores sociales que pueden ser favorables para el buen éxito del tratamiento y los desfavorables que pueden dar lugar a reincidencia en el delito.

D) Del historial delictivo, que debe incluir tanto el análisis tanto de su carrera delictiva como del delito por el cual se condena, así como la forma de comisión del mismo, tal y como veremos a continuación.

E) La duración de las penas, en principio no debería de ser un factor determinante para la clasificación penitenciaria, pero, tal y como veremos después, actualmente sí lo va a ser.

4. El historial delictivo.

Como hemos visto el art. 63 LOGP determina que para realizar la clasificación penitenciaria se debe tener en cuenta el historial delictivo del penado, pero para ello hemos de determinar que entendemos por historial delictivo.

En primer lugar, hay que valorar si se equiparan en contenido los términos antecedentes penales e historial delictivo. El art. 63 LOGP establece que “*La clasificación penitenciaria debe tomar en cuenta... el historial delictivo...*”, por su parte art. 16 LOGP determina que “*Los detenidos y presos estarán separados de los condenados, y en ambos casos, los primarios de los reincidentes*”, lo cual quiere decir que establece que el historial delictivo puede ser un factor determinante de la separación penitenciaria, esto es ratificado por el art. 99.1 RP que establece como criterio de la separación interior “*los antecedentes delictivos*”.

Por tanto, en primer lugar, cabría plantearse la posibilidad de que el término historial delictivo contuviera un concepto distinto al de los antecedentes penales, ello en función de que se

trata de un concepto jurídico indeterminado, susceptible de interpretación, que la propia LOGP ha querido utilizar de forma diferente al propio término de los antecedentes, expuesto sus arts. 63 y 16.

La finalidad de los antecedentes penales a nivel procesal es doble, por un lado sirve para la aplicación de la agravante de reincidencia (art. 22.8^a CP) y, por otro, para eliminar la posibilidad de suspensión de la pena (art. 81.1^a CP). A nivel penitenciario, los antecedentes penales también pueden tener, como veremos, su influencia en la clasificación del interno.

Por historial delictivo se puede entender única y exclusivamente la actividad delictiva y las penas por las que se halla condenado una persona, sobre las que se toma en consideración la clasificación penitenciaria; eludiendo significación alguna de la actividad delictiva y las penas que hubiera podido tener el condenado en anteriores ingresos. Pero por historial delictivo también se puede tomar en consideración la actividad delictiva y las penas a que se hubiere condenado a una persona, con independencia del ingreso en el que efectivamente se produce la clasificación penitenciaria, tomando en consideración, a su vez, anteriores ingresos.

En segundo lugar, la legislación penitenciaria acuña de nuevo el término historial delictivo como criterio valorativo en el art. 104.3 RP, a propósito de los casos especiales en materia de clasificación penitenciaria, al señalar el precepto que: “Para que un interno que no tenga extinguida la cuarta parte de la condena o condenas pueda ser propuesto para tercer grado, deberá transcurrir el tiempo de estudio suficiente para obtener un adecuado conocimiento del mismo y concurrir, favorablemente calificadas, las variables intervinientes en el proceso de clasificación penitenciaria enumeradas en el art. 102.2, valorándose, especialmente, *el historial delictivo* y la integración social del penado”. Este supuesto especial de la clasificación en tercer grado sin tener cumplida la cuarta parte de condena, el propio art. 104.3 alude como criterios valorativos al historial delictivo y a la integración social. El precepto cuenta con antecedentes normativos. El Reglamento Penitenciario de

1981, en su redacción original y en su redacción establecida por el RD 1767/1993, de 8 de octubre, establecían entre las variables de clasificación en tercer grado para internos que no tuvieran cumplida la cuarta parte de la condena “la primariedad delictiva del interno”. A la vista de la evolución expuesta para la clasificación en tercer grado de tratamiento resulta que la actual acepción de historial delictivo vendría a sustituir a la anterior de primariedad delictiva.

El concepto de historial delictivo desarrollado en el Reglamento Penitenciario vigente se adscribiría a la tesis expuesta de inclusión no solo de la actividad delictiva y las penas actualmente en cumplimiento, sino también las que hubiere podido tener en anteriores ingresos o incluso las impuestas con anterioridad, sin que el condenado hubiera ingresado en prisión —ello si se toma en consideración el historial delictivo y la primariedad delictiva en el más amplio sentido, superando los meros efectos penitenciarios y adscribiéndolo a los efectos penales—. Con esta redacción el Reglamento de desarrollo de su Ley Orgánica, pone trabas de acceso al tercer grado a aquellos internos con historial delictivo.

Estas trabas reglamentarias del historial delictivo y la integración social para acceder al tercer grado resultan en la práctica, curiosamente, hurtadas de contenido a través del actuar administrativo cuando aprueba resoluciones de tercer grado y mediante la aplicación del principio de flexibilidad del art. 100.2 RP.

En tercer lugar, dentro del historial delictivo, resulta conveniente examinar la redacción dada por el art. 102.5 a) RP, sobre los factores por los que una persona puede ser clasificada en primer grado de tratamiento, al señalar como factor de peligrosidad extrema o inadaptación manifiesta y grave a las normas generales de convivencia ordenada “La naturaleza de los delitos cometidos a lo largo de su *historial delictivo*, que denote una peligrosidad agresiva, violenta y antisocial”. Según esta redacción el historial delictivo de un interno, en particular la naturaleza de los delitos cometidos, si denota una peligrosidad agresiva, violenta y antisocial, puede serle de aplicación del

régimen cerrado; esto es, puede conllevar consecuencias penitenciarias del régimen de vida en la estancia en prisión.

La señalada redacción no distingue ni ciñe dicho historial delictivo al ingreso en prisión en ese momento o en anteriores ingresos; no establece si el historial delictivo viene referido a actos agresivos, violentos o antisociales perpetrados por el recluso en los establecimientos penitenciarios que determinen la aplicación de un régimen de vida más severo por inadaptación al ordinario o al abierto y no establece la naturaleza jurídica de aquellos delitos que pudieran comportar una valoración como la expuesta en el precepto para la aplicación del régimen cerrado.

Sin duda, en una redacción cargada de lagunas jurídicas y conceptos jurídicos indeterminados por la que se aplica un estricto y excepcional régimen de vida como lo es el cerrado a un interno, no cabe otra lectura que la de establecer elementos estigmatizadores y de etiquetamiento de un delincuente por su historial delictivo.

Por último al historial delictivo también se refiere el art. 82.1 RP cuando establece que debe valorarse como una de las causas de la clasificación tercer grado restringido la *peculiar trayectoria delictiva*.

Pero además del historial delictivo a la hora de realizar la clasificación penitenciaria debe tenerse en cuenta el *delito en concreto* por el que ha sido condenado, ya que no todos los delitos son iguales ni tienen el mismo reproche social, ni revela el mismo nivel de criminalidad o peligrosidad. Es importante tener en cuenta criterios criminológicos: formas de comisión del delito (si ha habido o no uso de violencia, si ésta ha sido excesiva, gratuita, inmotivada...), si se ha cometido en solitario o en grupo criminal, si ha habido o no planificación en la ejecución, etc.

Desde nuestro punto de vista el historial delictivo hemos entenderlo en sentido amplio, comprendiendo desde los antecedentes penales, pasando por el delito concreto cometido e incluyendo la forma en que se ejecutó el mismo.

a) Las circunstancias modificativas.

Las circunstancias modificativas de responsabilidad penal, si bien no vienen recogidas ni en la LOGP ni el RP como variables a tener en cuenta a la hora de la clasificación penitenciaria, nosotros entendemos que deben valorarse como un dato más dentro del historial delictivo en sentido amplio porque son elementos muy esclarecedores de las causas que rodean al delito y de su origen. Igualmente nos informan, a veces, del rol jugado por el interno en la comisión del delito, si ha actuado en solitario o ha habido coparticipación, así como la interrelación y actitudes del delincuente con la víctima. Por tanto las mismas guardan relación tanto con el origen, forma de comisión y con el historial delictivo (por ejemplo ser reincidente, toxicómano, etc.).

La trascendencia de las circunstancias modificativas al efectuar la clasificación penitenciaria la encontramos en la Inst. 20/1996 de la SGIIPP que se ha mantenido en la Inst. 9/2007 en la que a la hora de recoger los datos del delito en la propuesta de clasificación y destino del penado (PCD) se ordena la necesidad de reflejar estas circunstancias si se concurren en la respectiva sentencia del penado a clasificar.

1.- Las agravantes del art. 22 CP nos indican la gravedad de ciertas actuaciones que van más allá de la propia comisión del delito:

-La alevosía nos indica preparación adecuada del delito para conseguir su comisión y a su vez, impedir que la víctima pueda evitarlo. Igualmente, nos puede aportar la frialdad utilizada en la ejecución del delito, pues quiere decir que ha habido planificación del mismo.

-Ejecutar el delito con disfraz también indica premeditación y planificación para cometerlo.

-Ejecutar el hecho con auxilio de otras personas, nos informa del grado de participación de cada persona, de quién es el líder del grupo y quienes los secundarios o meros acompañantes. Si se comete en solitario puede mostrarnos que la

persona tiene suficiente entidad criminógena para cometer el delito por propia iniciativa.

-Cometer el hecho en un determinado tiempo y /o lugar también sugiere premeditación y planificación.

-Ejecutar el delito mediante precio, nos indica la profesionalidad del delincuente o el menosprecio a la vida o integridad física, es decir, la frialdad del autor del delito.

-Cometer el delito por motivos racistas nos aporta un determinado tipo de personalidad antisocial.

-Ensañarse aumentando deliberadamente el sufrimiento de la víctima nos hace ver la frialdad de ánimo en la ejecución del delito y el uso excesivo de violencia.

-El obrar con abuso de confianza nos puede mostrar desprecio hacia la víctima, que puede ser su hijo, su padre, un compañero de trabajo...

-Prevalerse del carácter público puede indicar planificación y abuso de la confianza pública depositada en el delincuente.

-Ser reincidente puede indicar si el delincuente tiene carrera criminal consolidada.

2.- También es importante valorar las circunstancias atenuantes (art. 21 CP) porque nos pueden informar de las causas de la comisión del delito: si el delincuente sufre alguna patología, si es consumidor de drogas, si se ha cometido el delito en un estado pasional determinado (sin planificación), el confesar el delito (puede sugerir arrepentimiento) y el reparar los daños causados a la víctima (indica asunción de responsabilidad o querer indemnizar los perjuicios producidos).

Por tanto, las circunstancias modificativas nos pueden ayudar a perfilar la capacidad criminal y el potencial delictivo de la persona estudiada.

También es importante analizar dentro de la carreta delictiva del penado el historial penitenciario del mismo, analizando determinados factores penitenciarios: número de

ingresos en prisión, conducta penitenciaria, sanciones sin cancelar, disfrute de permisos, participación en programas de tratamiento, etc. Toda esta información era requerida por la Inst. 20/1996 de la SGIIPP y se han mantenido en la Inst. 9/2007 a la hora de recoger los datos del delito en la propuesta de clasificación y destino del penado (PCD).

5. La duración de las penas

Entre las reformas de corte punitivista de los últimos años cabe destacar la ampliación de los límites máximos excepcionales de cumplimiento máximo de las condenas a penas de prisión (art. 76) y la considerable restricción a los delincuentes de criminalidad grave de las posibilidades de acceder a los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y la libertad condicional (arts. 36.2 y 78), lo que se ha dado en denominar el cumplimiento efectivo de las penas. El resultado apetecido, sin embargo, no parece haberse alcanzado con las reformas precedentes. Con ninguna se ha terminado de completar un sistema sólido y reposado de consecuencias jurídicas del delito, porque el legislador se muestra dispuesto a modificarlo una y otra vez, a remolque si es menester de titulares de prensa en las secciones de sucesos (en numerosas ocasiones sensacionalistas o alarmistas) y de declaraciones de las víctimas de los delitos (lógicamente manteniendo posiciones defensistas y represivas). De tal manera que cada cierto tiempo surgen nuevas propuestas destinadas a incrementar el arsenal punitivo del Estado⁶⁷³.

La duración de las penas era un factor muy importante a la hora de proceder a la clasificación penitenciaria, pero como dice **Manzanares Samaniego**⁶⁷⁴: "*La referencia a la duración*

⁶⁷³ BOLDOVA PASAMAR, M.A., "Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada". *Revista de L'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV*. (ReCrim 2009), pág. 291.

⁶⁷⁴ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., "El cumplimiento íntegro...", *op. cit.*, pág. 12

de las penas en el art. 63 LOGP ha de entenderse como un dato más de interés para conocer la posición del reo en el terreno de la resocialización, pero no puede ser privilegiada frente a las conclusiones obtenidas conjugando los demás factores disponibles". Pero tras la LO 7/2003 de 30 de junio, se ha convertido en un requisito *determinante* para la clasificación en tercer grado (art. 36.2 y 78.3.a CP). La LO 5/2010, de 22 de junio, ha reformado el art. 36.2 CP manteniendo en algunos delitos concretos el requisito temporal del periodo de seguridad, como veremos más adelante.

Por tanto la clasificación penitenciaria no se basa exclusivamente en la personalidad del penado, sino sobre el conjunto de la personalidad y duración de la pena. Por ello el art. 63 LOGP establece "*La clasificación debe tomar en cuenta no sólo la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, sino también la duración de la pena...*". Esta misma idea es desarrollada en sede reglamentaria en el art. 102.2 RP.

Como consecuencia desde la LO 7/2003, de 30 de junio, en nuestro sistema penitenciario aumenta el peso la *finalidad retributiva de la pena*, es decir, se potencia la prevención general de las penas sobre la especial. En el mismo sentido **Cervelló Donderis**⁶⁷⁵ entiende que se da prioridad a la retribución y a la prevención general positiva sobre la prevención especial del art. 25.2 CE.

Si bien la duración de la pena ya había perdido la importancia que tenía en el sistema progresivo debía tenerse en cuenta la misma como una variable más a la hora de la clasificación, que era valorada de forma ponderada con los demás elementos. Así pues, se analizaba el *binomio* personalidad criminal- duración de la pena⁶⁷⁶. Pero actualmente, en muchos casos, la duración de la pena va a ser *decisoria*, tras la reforma de los artículos. 36.2, 76 y 78 CP por la LO 7/2003,

⁶⁷⁵ CERVELLÓ DONDERIS, V., "Los nuevos criterios de...", *op. cit.*, pág. 1.

⁶⁷⁶ MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Comentarios...*, *op. cit.*, pág. 1046

de 30 de junio, y de la LO 5/2010, de 22 de junio que ha vuelto a reformar el art. 36.2 CP. Así pues, hay penados que quizá podrían ser clasificadas inicialmente en tercer grado y no lo son precisamente por la duración de su pena, convirtiéndose ésta en una variable *correctiva* de la clasificación penitenciaria, si bien también se dejan algunas posibilidades para paliar esta exigencia temporal, por ejemplo el citado art. 36.2 CP que permite eximir del cumplimiento de la mitad de la condena (período de seguridad) cuando se den determinados requisitos, cosa que nos parece acertada al dejar abierta una *puerta abierta* para determinados tipos de delincuentes reinsertados o reinsertables, que no estén condenados por delitos de terrorismos o cometidos en el seno de organización delictiva, así como por determinados delitos contra la libertad e indemnidad sexual cuando la víctima sea menor de 13 años, estos últimos después de la LO 5/2010, de 22 de junio. También existe la posibilidad de vuelta al sistema general de cumplimiento de aquellos penados a quienes se les haya aplicado el art. 78 CP, salvo para los condenados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales.

El CGPJ en su informe al Anteproyecto de la LO 7/2003 resaltó: “La duración de la pena es elemento a tener en cuenta para la clasificación del penado según el vigente art. 63 LOGP. Si bien la duración de la pena perdió la importancia que tenía en el sistema progresivo, constituye un elemento a ponderar junto con las demás variables dependientes de la personalidad del autor. En la medida en que el art. 36.2 CP en la forma que se regula en el Anteproyecto supone *dar prioridad a la duración de la pena en la clasificación en caso de delitos graves,..*”. Y por tanto, como hemos visto, la prevención general en estos casos se impone sobre la especial.

D. LOS REQUISITOS TEMPORALES PARA EL ACCESO AL TERCER GRADO.

Si bien ciertamente la LOGP no señala propiamente requisitos temporales para la clasificación en tercer grado, es en

la clasificación en tercer grado donde el sistema de individualización científica plantea de una forma más clara el problema del *vaciado de la pena*. El régimen abierto actual ofrece tal atenuación frente al ordinario que puede situarse justamente en el punto de equilibrio entre aquel y la libertad condicional comportando una modificación sustancial sobre lo que es una decisión judicial y firme de privación de libertad.

En principio y en un sistema de individualización científica el tercer grado debiera acordarse únicamente en función de la personalidad del penado en relación con el tratamiento requerido y su mayor o menor proximidad al objetivo final de la resocialización y así se deduce de lo establecido en los arts. 72.3 y 4 LOGP. Por tanto, cuando el art. 63 LOGP describe los criterios o variables de la clasificación debiera interpretarse que lo fundamental es la valoración de la personalidad del penado en relación a su actividad delictiva y pronóstico de reincidencia y/o reinserción social, siendo el resto de variables síntomas o elementos que permiten llegar a conocer esa personalidad: historial familiar, personal y delictivo etc. La duración de la pena, y en relación con ella la naturaleza y gravedad del delito, la reprobación del autor en la medida de su culpabilidad, etc. En definitiva los elementos que definen la pena desde una perspectiva de retribución y prevención general no operaría sino como elemento coadyudante al juicio sobre la personalidad.

Frente a esta postura, (que maximaliza los fines de prevención especial) la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia entiende que la duración de la pena expresiva del grado de retribución que merece el culpable debe actuar como elemento de *corrección del sistema* desde fuera para evitar el vaciado de la pena. Junto a los fines de prevención especial ligados a la resocialización no podemos olvidar que el fundamento de la pena (de cualquier pena y no solo de privación de libertad) radica en la culpabilidad y al tiempo deben tomarse en consideración otros fines de la pena como la prevención especial ligada a la intimidación y la prevención

general⁶⁷⁷ lo que es particularmente relevante en determinadas formas de criminalidad o cuando el penado rechace el tratamiento.

Por tanto, la clasificación en tercer grado, a veces, es planteada como la impunidad plena o el *vaciado de la pena*, es decir, se valora como que al clasificar a una persona en tercer grado, régimen de semilibertad, ya hubiese cumplido su pena. El legislador de la LO 7/2003, de 30 de junio, cae en este error al exigir un cumplimiento íntegro que ya se producía desde la entrada en vigor del CP de 1995. Así pues hay que dejar claro que la duración de la pena siempre será la misma independientemente del centro donde se cumpla. Debe insistirse en que no está dejando de cumplirse la pena, sino de ajustar el modo de cumplimiento, porque siempre se trata de cumplimiento efectivo, sea el grado de tratamiento que sea⁶⁷⁸. Por ello, como dice **Manzanares Samaniego**⁶⁷⁹, sabido es que el Estado no se halla obligado a apurar en su *reacción punitiva*

⁶⁷⁷ En este sentido se pronuncia el JVP de Almería, en el Auto de fecha 31 de marzo de 2009, cuando dice estimar el recurso del Ministerio Fiscal frente a la clasificación en tercer grado a un interno: *“Por ello se ha valorado también en esta resolución la finalidad retributiva de la pena, absolutamente necesaria, que no se ha cumplido ni mínimamente, dada la escasa fracción de la misma cumplida en régimen ordinario, puesto que es evidente la necesidad de un tiempo de retribución para que la persona presa asuma la responsabilidad por los hechos cometidos, y ello, aunque se pueda predecir el efecto intimidatorio de la pena, circunstancias que no se darían en este supuesto de disfrutar el interno, casi de inmediato de su ingreso, de un régimen de vida de semilibertad. Por lo tanto, se puede concluir, que lo que sería lógico favorable y congruente con la finalidad de la pena es el cumplimiento de un tiempo razonable de observación del interno donde comprenda la ilicitud de su comportamiento y se observe la también necesaria finalidad retributiva de la pena, lo que lleva a estimar este recurso”*. En el mismo sentido se pronuncia el JVP de Burgos en Auto de fecha 26 de octubre de 2009: *“es preciso que la pena surta el adecuado efecto intimidatorio antes de que el interno disfrute del vida en semilibertad”*.

⁶⁷⁸ En este mismo sentido se pronuncia el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 6/5/1198

⁶⁷⁹ MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Comentarios...*, op. c it., pág. 951.

el marco trazado por la culpabilidad del reo (tal es el caso, por ejemplo, de suspensión de la pena), y que en materia de clasificación penitenciaria el único *límite irrenunciable* en el vaciado de la pena es el establecido en el apartado tercero del artículo 72 LOGP, es decir, la libertad condicional, único grado en el que no puede ser clasificado el penado hasta que no haya cumplido las 2/3 o 3/4 partes de la condena. Este mismo autor mantiene que el contenido real de la pena, su componente aflictivo, varía con la clasificación y puede producirse, y se produce con demasiada frecuencia, un profundo vaciado de la misma, con lo que la sanción se distancia excesivamente de las exigencias retributivas y de prevención general- y aun especial- en aras de una pretendida resocialización a la que algunos delincuentes, entre ellos terroristas, son poco proclives (...) Con la reforma de la LO 7/2003 se pretende reducir el tiempo en que por una u otra vía, sea el tercer grado o con la libertad condicional, el encarcelamiento del reo quede en papel mojado⁶⁸⁰; por ello se establecen los nuevos límites temporales recogidos en los artículos. 36.2 y 78 CP respecto el acceso al tercer grado y a la libertad condicional. Estos límites son irrenunciables en el caso de los terroristas o de penados que comenten en el delito en seno de organizaciones delictivas.

El art. 102.4 RP establece que la clasificación en tercer grado se aplicará a los internos que por sus circunstancias personales y penitenciarias estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad, valorándose a tal fin las circunstancias contenidas en el apartado dos del mismo artículo. Respecto de las penitenciarias valga lo dicho anteriormente además de reseñar que la redacción del RP de 1981 no hacía referencia a las mismas.

Ante la ausencia en la LOGP de un límite temporal expreso de cumplimiento previo de condena o de límite de penas a las que resulta aplicable la clasificación en tercer grado el RP (ya desde el de 1981) introdujo un precepto que, contrariando

⁶⁸⁰ MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “El cumplimiento...”, *op. cit.*, págs. 1-2

indirectamente el principio de jerarquía normativa, establecía determinado límite para el acceso al tercer grado. Establece el art. 104.3 que para que un interno que no tenga extinguida la $\frac{1}{4}$ parte de la condena o condenas pueda ser propuesto para tercer grado, deberá transcurrir el tiempo de estudio suficiente para obtener un adecuado conocimiento del mismo y concurrir, favorablemente calificadas, las variables intervinientes en el proceso de clasificación enumeradas en el art. 102.2, valorándose especialmente, el historial delictivo y la integración social del penado. Es decir, de forma solapada se establece el límite de cumplimiento previo de la $\frac{1}{4}$ dando así respuesta a la preocupación de que la Ley no estableciera en materia de duración de la pena un criterio corrector absoluto. Para evitar el choque frontal con el art. 72.3 la norma no se formula de forma genérica y como condición temporal imprescindible sino de manera indicativa y referencial permitiendo la clasificación en tercer grado aún no teniendo cumplida la $\frac{1}{4}$ parte si concurren favorablemente calificadas las variables intervinientes en el proceso de clasificación. Respecto de las mismas el RP de 1981 resaltaba a tales efectos la primariedad delictiva, la buena conducta y la madurez personal. Dejando de lado la buena conducta, de clara resonancia progresista pura y no prevista legalmente como variable de clasificación, no tiene sentido la enumeración reglamentaria pues precisamente para clasificar a una persona en tercer grado (independientemente del tiempo de cumplimiento) deben poder valorarse positivamente esas variables que no se presentan en enumeración cerrada. La actual redacción del RP varía la referencia específica al historial delictivo y el pronóstico de integración social aunque sigue sin resolver la cuestión. Temeroso el RP de que, pese a todo, algunos responsables de graves delitos puedan iniciar la ejecución en régimen abierto - con la consiguiente alarma social - se decidió montar una tercera línea defensiva: so pretexto de asegurar el estudio del penado se exigía en el RP de 1981 la permanencia del interno en el Centro que lo propone durante al menos dos meses. Con ello y el trámite de aprobación se ganaba algún tiempo. Ante los problemas que causó tal límite temporal respecto de alguna delincuencia específica (los insumisos) el precepto fue reformado por el Real Decreto 1764/1993, en el

sentido de establecer ese plazo como indefinido, lo que ha pasado al actual Reglamento de 1996.

En definitiva en esta materia hay que señalar que partiendo del análisis de los fines de la pena en nuestro sistema penal la jurisprudencia viene valorando el criterio de la duración de la pena como factor independiente y de igual peso que los demás a la hora acceder al tercer grado.

Para **Manzanares Samaniego**⁶⁸¹ el tercer grado penitenciario –y más en concreto su concesión y su contenido– constituye sin duda uno de los puntos más criticables del cumplimiento de las penas de prisión en España. Según este autor de acuerdo con el art. 72.3 LOGP, es posible, e incluso pudiera ser obligado en determinados supuestos, que la clasificación inicial se realice ya en ese grado, con lo que el penado será destinado a un establecimiento de régimen abierto y disfrutará de un régimen de semilibertad, que al amparo del Reglamento de 1996, admite modalidades comparables a la libertad en el *vaciado efectivo de la pena*, como por ejemplo mediante el uso de sistemas telemáticos. Este autor siempre ha estado preocupado por el *vaciado de la pena*, pero también reconoce que la clasificación en cualquier grado excepto la libertad condicional, está permitido por la LOGP, al igual que la legislación penal permite la renuncia a la ejecución de la pena en el caso de la suspensión de la misma. Por tanto cuando el legislador de 1979 aprobó el acceso al tercer grado ratificó un régimen de vida en semilibertad en el cual también se cumple la pena privativa de libertad impuesta, cosa que no recuerda el legislador de 2003 cuando habla del cumplimiento efectivo, pues los internos en tercer grado siguen cumpliendo la pena, y no se les acorta por ser clasificados en ese grado.

No estamos de acuerdo con el citado autor cuando dice *"Si la clasificación y, en su caso, las progresiones de grado responden a la posición del reo respecto a la meta resocializadora, debería concederse de inmediato el tercer*

⁶⁸¹ MANZANARES SAMANIEGO, J.L., "El cumplimiento...", *op. cit.*, pág. 12

grado, por ejemplo, a todo delincuente que no precise de resocialización, algo que –como ya se dijo– puede ocurrir en algunos ámbitos, como el de las altas finanzas, o en determinados crímenes pasionales". Pero desde nuestro punto de vista, todo penado tiene circunstancias que le han llevado al delito, según los ejemplos puestos por él; el delincuente de cuello blanco su afán desmedido por conseguir dinero y poder; y el homicida pasional dejarse llevar por sus pasiones. Y ambos tipos de criminalidad necesitan un determinado tipo de tratamiento que "frene" la comisión de nuevos delitos. Por otro lado, tras LO 7/2003, de 30 de junio de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, la duración de la pena sí que se convierte en un *factor privilegiado* que puede retrasar el acceso al tercer grado.

El art. 251 del Reglamento de 1981 pretendía evitar las precipitadas clasificaciones en tercer grado con la previsión consistente en exigir que el penado hubiera cumplido la cuarta parte de la totalidad de su condena o, si no ocurriera así, se hubiera dedicado un tiempo mínimo al conocimiento del interno, *no inferior a dos meses* de estancia real en el Centro que propuso la clasificación, valorándose especialmente la primariedad delictiva, la buena conducta y la madurez o equilibrio personal. No obstante en el art. 241.3 del mismo texto legal al enumerar los criterios a tener en cuenta para la clasificación decía textualmente: *"la referencia a la duración de las penas y medidas de seguridad se interpretará al solo efecto de valorarla de forma ponderada con el conjunto de los otros criterios intervinientes en el proceso de clasificación, distinguiendo los siguientes supuestos según le falte por cumplir: menos de 2 años, más de 2 años y menos de quince, de 15 años en adelante, y también que se encuentre en el primer tercio de la condena, en el tercio medio o en el último tercio"*.

El RD 1764/1993 modificó este artículo suprimiendo la estancia de un mínimo de dos meses exigiendo tan sólo un tiempo de estudio suficiente para obtener un adecuado conocimiento del interno (expresión repetida por el art. 104.3 RP de 1996 con ausencia de criterios temporales, permitiendo con ello la clasificación desde el inicio en régimen abierto, pero

introduciendo las variables del historial delictivo e integración social).

Además en aquellos momentos la clasificación en tercer grado no se notificaba siquiera al Fiscal, con lo que el JVP no podía intervenir de oficio, y que el penado difícilmente recurriría el Acuerdo, y, por tanto, la concesión del tercer grado quedaba al arbitrio de la Dirección General IIPP conforme a lo dispuesto en el art. 77 LOGP.

El Reglamento de 1996 suprimió aquellos requisitos temporales y permitió, ya sin ambages, la clasificación inicial en tercer grado, pero disponiendo expresamente en su art. 107 que todas las resoluciones de clasificación o progresión a tercer grado se notifiquen al Fiscal. Ahora bien, si éste no recurre, continuará la falta de control por parte del JVP. Y nada se dice, como tampoco se decía antes, de una posible intervención de las víctimas del delito o de las acusaciones particular y popular. Pero tras la LO 7/2003, de 30 de junio, sí que es posible esta intervención, aunque mínima, puesto que los art. 36.2 y 78 CP determinan que se oirá a la víctima o perjudicados por el delito por parte del JVP antes de aprobar la aplicación a los penados al régimen general de cumplimiento.

La concesión del tercer grado era valorada por algunos autores como la entrega de un *cheque en blanco* a la Administración Penitenciaria que ésta rebajaba a voluntad, minusvalorando a veces el fundamento culpabilístico de la pena y sus fines de prevención general. Para evitar esta discrecionalidad la LO 7/2003, de 30 de junio, ha establecido las nuevas competencias de intervención previa del JVP en determinados casos (art. 36.2 y 78 CP) para controlar el acceso al tercer grado antes de su aprobación, pues éste es el órgano judicial que tiene que aprobar el levantamiento el periodo de seguridad y la vuelta al régimen general de cumplimiento. En los acuerdos de las Reuniones periódicas de los Jueces de Vigilancia siempre reclamaron que la Administración Penitenciaria les notificara también a ellos la concesión del tercer grado y no sólo al Ministerio Fiscal. Este acuerdo nos parece muy razonable para que el JVP, que es el órgano judicial

encargado de controlar la ejecución de la pena, tenga conocimiento de la situación en que se encuentra el penado, además si la clasificación en primer grado requiere que la Administración Penitenciaria la ponga en conocimiento de esta autoridad, con más razón y por analogía se debería hacer cuando se va a proceder a la excarcelación aunque sea discontinua del recluso que acceda a régimen abierto mediante su clasificación en tercer grado.

En este mismo sentido se pronuncia **Torrecilla Collada** cuando afirma que la regulación actual que contiene la LOGP no respeta plenamente la judicialización de la ejecución de penas prevista constitucionalmente, pues prevé que la Administración Penitenciaria sea la competente para clasificar, y dentro de esa clasificación conceder el tercer grado penitenciario, lo que supone un amplio margen de libertad a los internos (salidas diarias a trabajar, permisos aprobados por la Administración y no por el JVP, salidas de fin de semana, e incluso pernocta continuada fuera de la prisión en los supuestos del art. 86.4 RP). Por ello mantiene que la judicialización exige que la clasificación deba efectuarse por los jueces, aunque sea previa propuesta de la Administración, pues de la clasificación en uno y otro grado penitenciario, depende el elenco de derechos y deberes de los internos. Carece de sentido que, en la actualidad, se requiera autorización del JVP para aprobar permisos de salida superiores a dos días a los internos clasificados en segundo grado, y que la Administración puede progresar al interno a tercer grado, sustrayendo la competencia del JVP para la aprobación de salidas, sin intervención del mismo⁶⁸². Compartimos plenamente este criterio y consideramos que debería ser el JVP el que aprobase las clasificaciones o progresiones a tercer grado a propuesta de las respectivas Juntas de Tratamiento de los centros penitenciario.

⁶⁸² TORRECILLA COLLADA, M. P., “Balance de la LOGP tras treinta años de vigencia. Necesidad de abordar algunas reformas”, *Diario La Ley.*, Nº 7250., 28 Septiembre., 2009, págs. 3-4

1. El periodo de seguridad

El periodo de seguridad, es un requisito temporal introducido por la LO 7/2003 en el art.36.2 CP, consistente en que aquellos penados a quienes se les aplica deben tener cumplida la mitad de la pena cuando esta sea superior a cinco años para acceder al tercer grado, salvo que haya un pronóstico favorable que pueda motivar su levantamiento si lo aprueba el JVP, siempre y cuando la pena no sea por determinados delitos (art. 36.2 CP).

a) Orígenes y evolución

Los primeros antecedentes del periodo de seguridad en España podemos encontrarlos en la Ordenanza de Presidios del Reino de 14 de abril de 1834, donde se establecía la posibilidad de reducción de la pena cuando se hubiese cumplido la mitad de la pena, y en los sistemas progresivos, como el del Coronel **Montesinos** (1834) y, sobre todo, el aprobado por el Reglamento de 1901, que establecía que el periodo intermedio se alcanzaba cuando se cumplía la mitad de la pena.

En el ámbito de los menores el periodo de seguridad fue introducido por la LO 5/2000, de 12 de enero, que regula la responsabilidad penal de los menores, para los casos de extrema gravedad, al establecer la imposición imperativa por el Juez de Menores de una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cinco años, que no podía ser modificada hasta que hubiera transcurrido el primer año de cumplimiento efectivo⁶⁸³.

También podemos encontrar un precedente inmediato de la LO 7/2003, de 30 de junio, de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, en una enmienda al Proyecto de Código Penal de 1994 en el Congreso de los Diputados; el Partido Popular presentó una propuesta en la que se sustituyera el

⁶⁸³ MONTERO HERNÁNDEZ, T., “El periodo de seguridad en la Legislación Penal Juvenil”, *Diario La Ley*, N° 7621, 3 de Mayo de 2011, pág. 1

término "*extinguido*" por "*cumplido*", pues con ello "se garantizaba el cumplimiento de las penas"⁶⁸⁴. Con ello se evita la aplicación del régimen abierto hasta que el penado haya estado efectivamente privado de libertad un periodo mínimo como compensación por el ilícito grave cometido, prevaleciendo durante ese periodo consideraciones de prevención general sobre las relativas a la prevención especial. La comunidad no entendería que el autor de un delito grave pudiera acceder a un régimen abierto desde el inicio de su condena, y, en consecuencia, el sentimiento de vigencia del ordenamiento jurídico podría resentirse. Este criterio más tarde es el que ha sido utilizado por el citado partido durante su etapa al frente del Gobierno, para la aprobación de la LO 7/2003, de 30 de junio, de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, exigiendo que el cumplimiento sea real.

Como ya hemos visto, nuestro sistema de ejecución de las penas privativas de libertad se fundamenta en el principio de individualización científica separado en grados, recogido en el art. 72 LOGP, que precisamente vino a suponer una superación del rigorismo representado por el progresismo objetivista que exigía que el penado estuviera en cada fase de cumplimiento un determinado tiempo tasado por la norma. Con el periodo de seguridad parece reverberar aquellas exigencias de permanecer la mitad de la condena del periodo *intermedio* que el Real Decreto de 3 de julio de 1901 implementó al consagrar en nuestro Derecho el sistema progresivo, recogiendo con ello una tradición que se incardinaba directamente con la obra de Montesinos. La nueva regulación deja sin apenas sentido la previsión del art. 104.3 RP (variables a valorar en supuestos de clasificación en tercer grado de internos que no tengan cumplida la cuarta parte de la condena) que tan sólo tendrá virtualidad cuando la pena no sea superior a cinco años de duración, o en los casos que siendo superior a cinco años el JVP levante al penado de la aplicación del periodo de seguridad impuesto por el Tribunal o Juez sentenciador siempre cuando no sean de los

⁶⁸⁴ Enmienda nº 286 a la Ley Orgánica del Código Penal

delitos en los que sea obligatorio su imposición y la no aplicación del régimen general hasta que no cumpla la mitad de la condena según el art. 36.2 CP.

La trascendencia del sistema de individualización científica se manifiesta en el art. 72.2 LOGP que establece que: “Los grados segundo y tercero se cumplirán respectivamente en establecimientos de régimen ordinario y de régimen abierto”, y el mismo artículo, en su apartado tercero determina que: “Siempre que de la observación y clasificación correspondiente de un interno resulte estar en condiciones para ello, podrá ser situado inicialmente en grado superior, salvo el de libertad condicional, sin tener que pasar necesariamente por los que le preceden”. Así pues, resulta que un penado puede ser clasificado en tercer grado a los pocos días de su ingreso en prisión, o incluso el mismo día, y cumplir toda su condena en régimen abierto.

Cierto es que tal celeridad no debería producirse si, conforme al art. 104.3 del Reglamento Penitenciario de 1996, “Para que un interno que no tenga extinguida la cuarta parte de la condena o condenas pueda ser propuesto para tercer grado, deberá transcurrir el tiempo de estudio suficiente para obtener un adecuado conocimiento del mismo y concurrir, favorablemente calificadas, las variables intervinientes en el proceso de clasificación penitenciaria enumeradas en el art.102.2, valorándose, especialmente, el historial delictivo y la integración social del penado”; sin embargo, la imprecisión del adjetivo “suficiente”, que se introdujo en el art. 251 del Reglamento de 1981, por Real Decreto de 1993, sustituyendo al requisito, anteriormente establecido, “no inferior a dos meses de estancia real en el Centro que lo proponga”, hace que pueda considerarse “suficiente” un tiempo extraordinariamente breve. Y llama la atención este sistema, en que incluso se prescinde de ese tiempo mínimo de dos meses.

La LO 7/2003, de 30 de junio, de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, reforma el art. 36 del CP para introducir en nuestro ordenamiento el conocido como período de seguridad que podemos definirlo como el tiempo obligatorio de

cumplimiento de la pena de prisión en régimen ordinario para poder acceder a régimen abierto. Es decir, significa que en determinados delitos de cierta gravedad el condenado no podrá acceder al tercer grado hasta que haya cumplido la mitad de la pena impuesta⁶⁸⁵. Como señala **García Albero**⁶⁸⁶ la previsión de un periodo preceptivo de cumplimiento en régimen ordinario como paso previo a la ejecución de la pena en modalidades atenuadas no carece de antecedentes en derecho comparado. Más bien el sistema español, permitiendo el acceso directo al régimen de semilibertad sin condicionarlo a un periodo de efectivo internamiento ha constituido la excepción en el marco de las políticas penitenciarias de Europa. Es patente que el legislador de 2003 ha tratado de ponerse en la órbita de la mayoría de los países europeos que prevén en su ordenamiento un tiempo mínimo de estancia en régimen ordinario para acceder al tercer grado, pues nuestro país es el que tenía el sistema de cumplimiento más blando de Europa⁶⁸⁷.

En otros derechos europeos se utiliza este periodo de seguridad pero con ellos hay grandes diferencias. En el derecho penal francés el periodo de seguridad supone que no cabe aplicar beneficio alguno sobre la ejecución de la pena (permisos de salida, semilibertad, trabajo en el exterior, etc.) a menos que la condena fuera acompañada de remisión condicional; distingue entre el periodo obligatorio y el facultativo, este último podrá imponerlo discrecionalmente el Juez o Tribunal, mientras que el primero lo establece directamente la Ley cuando lo prevé específicamente en determinados delitos⁶⁸⁸. El periodo de

⁶⁸⁵ VILLAMERIEL PRESENCIO, L. "La comisión técnica de reforma del sistema de penas y la reforma penal del año 2003", Madrid. *Diario La Ley*, 4-5-2004, pág. 4

⁶⁸⁶ GARCÍA ALBERO, R. y TAMARIT SUMALLA, J. M^a, *La reforma...*, *op. cit.*, págs. 41-45

⁶⁸⁷ MOLINA GIMENO, F., "El periodo de seguridad; individualización judicial versus individualización penitenciaria en la ejecución de las penas graves", *Diario La Ley*, N° 6966, Sección Doctrina, 12/6/2008, pág. 2.

⁶⁸⁸ ARÁNGEZ SÁNCHEZ, C. y ALARCÓN NAVÍO, E., *El Código Penal Francés traducido y anotado*, Granada, 2000.

seguridad en Francia se establece en la mitad de la pena cuando ésta es igual o superior a diez años de prisión, o en algunos casos hasta los dos tercios o en veintidós años cuando la pena es de cadena perpetua. En Italia se establece la necesidad de cumplir la mitad de la pena en las superiores a seis meses para acceder al régimen de semilibertad, para los delitos especialmente graves se eleva el periodo de seguridad a los dos tercios⁶⁸⁹. Por el contrario, en otros países europeos como Bélgica y Alemania no se utilizan estos periodos de seguridad pues en ellos rige la idea de planificación del tratamiento y no la progresividad por grados, y por ello cabe la ejecución en régimen abierto desde el primer momento con independencia del delito, cosa que ocurría en nuestro país con anterioridad a la LO 7/2003, de 30 de junio.

Según la citada ley el periodo de seguridad, en síntesis, significa que en determinados delitos de cierta gravedad el condenado no podrá acceder al tercer grado hasta que haya cumplido la mitad de la pena impuesta. Para la Exposición de Motivos esta ley: “Se considera necesaria la introducción de esta figura en nuestro ordenamiento penal, que sirve de *punte* entre este ordenamiento y el penitenciario, ya que, a la hora de determinar la proporcionalidad de las penas, su concreta extensión y su adecuación a los fines de prevención general y especial, no pueden hacerse propuestas al margen de la legislación penitenciaria.

En efecto, el sistema de progresión de grados, permisos, régimen abierto y concesión de libertad condicional puede hacer que la pena prevista por el Código Penal y fijada en la sentencia *quede muy distante de la efectivamente cumplida*”. Como resaltamos en esta última frase éste es el objetivo principal de las reformas de la LO 7/2003, de 30 de junio, como reconoce **Villameriel Presencio**⁶⁹⁰, componente de la Comisión Técnica de la Reforma del Sistemas de Penas creada por Orden del

⁶⁸⁹ GARCÍA ALBERO, R. y TAMARIT SUMALLA, J. M^a., *La reforma...*, *op. cit.*, págs. 41 a 45

⁶⁹⁰ VILLAMERIEL PRESENCIO, L. *op. cit.*, pág.4

Ministerio de Justicia de 14 de julio de 2000 (BOE de 16 de julio de 2000), y por ello se establece el periodo de seguridad⁶⁹¹. Es decir, se produce cierta *desconfianza* en la Administración Penitenciaria y en los Jueces de Vigilancia en la forma de ejecución de las penas y se establecen límites para frenar esta discrecionalidad, y ello se justifica en base al *principio del derecho a la seguridad jurídica de los ciudadanos* (art. 9.3 CE) en cuanto la forma de ejecutar las penas de prisión.

Siempre se había pensando que la seguridad jurídica era más importante y prioritaria para los penados que son quienes tienen que cumplir la condena que para el resto de la sociedad, pero ahora se da más importancia, al menos teóricamente, a que los ciudadanos sepan como se van a cumplir las penas aunque no les afecten directamente, en este sentido se manifiesta **Nistal Burón** cuando afirma que el sistema de individualización científica tiene como especificad más destacable “*el enorme margen de flexibilidad*” que imprime a la ejecución de la pena, siendo su signo de identidad último el de la versatilidad y elasticidad, lo que facilita, en la medida de lo posible, acomodar la ejecución a las circunstancias personales, familiares y sociales propias y específicas de cada interno –individualización– y cobra, a raíz de la aprobación del Reglamento Penitenciario, RD 190/1996, de 9 de febrero, una importante proyección en la ejecución de la pena privativa de libertad que afecta directa y principalmente a las connotaciones regimentales de su cumplimiento, al introducir, entre otras innovaciones, la diversificación de regímenes de vida, la creación de grados de clasificación mixtos, el acceso a regímenes de vida semejantes a la semilibertad, la posibilidad de obtener la libertad anticipada, etc. Todo esto genera, sin duda, una elasticidad mayor al cumplimiento penitenciario de las penas privativas de libertad, pero, inevitablemente, *choca con el derecho de los ciudadanos a la seguridad jurídica previsto en la Constitución* como derecho fundamental de mayor alcance, entendida ésta, según constante doctrina del propio Tribunal Constitucional, entre otras (SSTC

⁶⁹¹ GARCÍA ALBERO, R. y TAMARIT SUMALLA, J. M^a., *La reforma...*, *op. cit.*, pág. 22

27/1981, 99/1987, 150/1990 y 173/1996), como la «suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad, sin perjuicio del valor que por sí mismo tiene aquel principio», como derecho del ciudadano a conocer con certeza en qué se va a traducir en la práctica la pena o sanción impuesta, lo que impediría un modelo de ejecución penal que no permite establecer reglas fijas para hacer un pronóstico certero de la pena a cumplir⁶⁹².

Según diversos Autos de la Audiencia Provincial de Madrid Sección Quinta de 6 de Mayo, y de la Audiencia Provincial de Barcelona Sección Novena de 14 y 19 de Mayo de 2004: “*de poco va a servir la seguridad jurídica antes de delinquir, si después del delito puede cambiarse la forma en que se ejecutará la pena*”. La seguridad jurídica es incompatible si en la práctica se puede cambiar sobre la marcha la forma de ejecución de la pena.

Por otro lado, lo que se consideró flexibilidad cuando se aprobó la LOGP para ofrecer la mejor solución al caso concreto de forma individualidad, consecuencia necesaria del fin resocializador de la pena, se califica sin embargo, según puede verse en la Exposición de Motivos de la LO 7/2003, como amplio margen de discrecionalidad a combatir⁶⁹³. La individualización científica otorga la Administración penitenciaria, en cuanto atañe al cumplimiento de la condena, un amplio margen de discrecionalidad⁶⁹⁴. Se produce una profunda desconfianza por parte del legislador en la labor jurisdiccional y

⁶⁹² NISTAL BURÓN, J., “El principio constitucional de “seguridad jurídica”. Su posible desconocimiento por el actual sistema de ejecución penal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N° 743, 17/1/2008, pág. 2

⁶⁹³ LÓPEZ PEREGRÍN, C. “¿Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas?”, *Revista Española de Investigación Criminológica*, <http://WWW:criminología.net>. Madrid. 2004., pág. 1, 6 y 11, consultada 10/5/2005

⁶⁹⁴ NISTAL BURÓN, J., “El cumplimiento de las condenas no susceptibles de acumulación jurídica. Problemática y soluciones posibles”, *Diario La Ley* N° 6964, Sección Doctrina, 10/6/2008, pág. 8

en las funciones que desarrolla Instituciones Penitenciarias⁶⁹⁵. Es decir, se introduce un límite al ordenamiento penitenciario a favor del penal, o lo que es lo mismo, un retorno al control judicial del cumplimiento de la pena en el caso de penas graves “*hacer ejecutarlo juzgado*”. Se trata de introducir mediante el periodo de seguridad un punto de conexión entre la voluntad del Juzgado o Tribunal sentenciador expresada en la pena impuesta y el efectivo cumplimiento de la misma, tratando de que, en el caso de penas graves, una parte de ésta sea cumplida en todo caso en régimen ordinario. El objetivo es claro: el periodo de seguridad queda configurado como una *nueva forma de individualización judicial de la pena...*, pues la consecuencia directa de la cantidad impuesta será que le sea de aplicación o no, el periodo de seguridad⁶⁹⁶. Esta nueva individualización judicial dará lugar a una posterior individualización penitenciaria, para valorar si al penado se le puede o no levantar el periodo de seguridad. El principio de proporcionalidad, principio básico del derecho penal, que si ha de estar presente en todo proceso de individualización de la pena, tanto en la fase legislativa como en la fase judicial, con más razón va a estar presente en la fase ejecutiva que le corresponde a la Administración penitenciaria, bajo el control del poder judicial, porque esta última es la más trascendental, en cuanto se determina la *duración efectiva* de la condena impuesta, pudiendo existir una considerable diferencia entre la “condena nominal” fruto de la individualización judicial y la “condena real” fruto de la individualización penitenciaria⁶⁹⁷.

Las reformas de la LO 7/2003 reflejan una gran desconfianza en los órganos penitenciarios a quienes corresponde proponer y aprobar la clasificación de los internos,

⁶⁹⁵ ACALE SÁNCHEZ, M., “Terrorismo, delincuencia organizada y sistema de penas” en *Nuevos retos del Derecho Penal en la globalización*, Valencia, 2004, pág. 346

⁶⁹⁶ MOLINA GIMENO, F., “El periodo de seguridad; individualización judicial versus individualización penitenciaria en la ejecución de las penas graves”, *Diario La Ley*, Nº 6966, Sección Doctrina, 12/6/2008, pág. 4

⁶⁹⁷ NISTAL BURÓN, J., “El cumplimiento...”, *op. cit.*, págs. 12-13

y en los órganos jurisdiccionales (fiscales y jueces de vigilancia penitenciaria; jueces centrales de instrucción; Audiencias Provinciales y Audiencia Nacional) quienes ejercen el control sobre la actuación de los primeros⁶⁹⁸.

Para **Nistal Burón** la principal amenaza del derecho del ciudadano a conocer con certeza en qué se va a traducir en la práctica la pena o sanción impuesta estriba en el amplio y variable margen de discrecionalidad que se otorga a la Administración penitenciaria para diseñar el modo de llevar a cabo la ejecución de la pena a través de un instrumento jurídico de rango infralegal como son las circulares e instrucciones. Pero él mismo reconoce que es cierto que, en el ejercicio de sus facultades discrecionales, los órganos públicos administrativos pueden ser orientados por sus superiores jerárquicos a través instrucciones y circulares –art. 21 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común– (LRJAP-PAC), aunque estas disposiciones deben tener un alcance y una eficacia restringida al ámbito interno de la organización administrativa, porque, aun reconociendo su naturaleza jurídica y eficacia normativa, cosa que es muy discutible según la doctrina científica, lo que está claro es que no son auténticos reglamentos, ni pueden operar como tales⁶⁹⁹.

Se critica por parte de otros autores la arbitrariedad con que la Administración Penitenciaria concede el tercer grado y, la discriminación en su concesión⁷⁰⁰. Pero la discrecionalidad (no confundir con la arbitrariedad) va unida a la ejecución

⁶⁹⁸ JUANATEY DORADO, C., “La ley de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, y los principios constitucionales del Derecho Penal”. *La Ley de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, Nº 9, Octubre 2004, pág. 7

⁶⁹⁹ NISTAL BURÓN, J., “El principio constitucional de “seguridad jurídica”. Su posible desconocimiento por el actual sistema de ejecución penal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Nº 743, pág. 2

⁷⁰⁰ MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “El cumplimiento...”, *op. cit.*, págs. 206 y 207

penitenciaria. Y en esa discrecionalidad juegan conceptos jurídicos indeterminados que serán valorados por la Administración Penitenciaria, y en última instancia, por los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, amparados por el principio de independencia judicial (art. 117.1 CE)⁷⁰¹. Hay que saber diferenciar entre la discrecionalidad y la arbitrariedad, ya que ésta sí se puede entender como vulneración del principio de legalidad. Hay miedo a que el tercer grado deje vacío de contenido las condenas, pero esta posibilidad se ve conjurada por el hecho de que el art. 107 RP que obliga a que las resoluciones clasificatorias en tercer grado sean puestas de manifiesto al Ministerio Fiscal en los tres días siguientes de la fecha de su adopción. Sin embargo, nosotros no estamos de acuerdo porque la intervención del Ministerio Fiscal no es suficiente para garantizar la intervención jurisdiccional. No olvidemos la naturaleza del Ministerio Fiscal en España, impregnado por los principios de jerarquía (124 CE). Por tanto las resoluciones administrativas de tercer grado son puestas en conocimiento del Ministerio Fiscal, pero puede ocurrir, como dice Martínez Zandundo, que la interposición del recurso pertinente dependa de las instrucciones dadas por el Fiscal General del Estado, evitando que el JVP se pronuncie⁷⁰².

La expansión del derecho penal en todos sus ámbitos – penal, penitenciario y procesal-, auspiciada por la cada vez más palpable quiebra de la división de poderes y acompañada de una tendencia real encaminada al control político de la independencia judicial⁷⁰³. Este control se materializa a través de las nuevas normas penales que reducen ampliamente el arbitrio

⁷⁰¹ ESPINA RAMOS, J. A., “La reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: luces y sombras”, *Revista de derecho y procesal penal*, Nº 11, 2004, págs. 24 y 25

⁷⁰² MARTÍNEZ ZANDUNDO, C., “El periodo de seguridad: génesis y evolución. ¿Una vuelta al sistema progresivo?. *Revista electrónica de doctrina y jurisprudencia*”, consulta 17/8/2006.

⁷⁰³ RÍOS MARTÍN, J.C., “Reflexiones sobre la LO 7/2003: incremento de la violencia punitiva”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, Nº Extraordinario 2, 2004, págs. 101-193

decisorio. Está claro que estas reformas legislativas están inspiradas en una profunda desconfianza hacia los jueces⁷⁰⁴. El legislador limita la discrecionalidad de la Administración y de Jueces de Vigilancia en la toma de decisiones en materia de ejecución penitenciaria y, por tanto, el sistema de individualización científica también se ve afectado por esta reforma puesto que se restringen posibilidades de actuación penitenciaria. Decimos que se limita la discrecionalidad de la Administración Penitenciaria y del JVP porque para acceder al tercer grado cuando hay que cumplir el periodo de seguridad es necesaria la autorización del JVP para su levantamiento pero a su vez es *requisito preceptivo* el informe de pronóstico favorable de reinserción social (art. 36.2 *in fine*). No cabe duda que los nuevos requisitos establecidos son en realidad medidas que limitan la discrecionalidad del JVP en la apreciación de la prognosis favorable de reinserción social en orden a la clasificación del penado⁷⁰⁵. Si bien es cierto, como dice **Cervelló Donderis**⁷⁰⁶, esta reforma ha aumentado la “fiscalización” judicial de la Administración penitenciaria en materia de clasificación en tercer grado.

Evidentemente el apelar a este principio de la seguridad jurídica para realizar las reformas de la LO 7/2003, de 30 de junio, ha sido criticado por la doctrina que entiende mayoritariamente que detrás de ello hay un interés político-criminal de endurecimiento punitivo de las penas y de suprimir a la Administración Penitenciaria y a los Jueces de Vigilancia facultades para potenciar “*cumplimiento íntegro y efectivo de las penas*” (ya la propia ley así lo expresa en su título), si bien de todos es sabido que desde que entró en vigor el Código Penal de 1995 el 25 de mayo de 1996, las penas se cumplen de forma

⁷⁰⁴ TAMARIT SUMALLA, J. M^a., “Sistema de sanciones y política criminal. Un estudio de Derecho comparado europeo”. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, pág. 5, consulta, 30/8/2007

⁷⁰⁵ LEIVA TAPIA, J., “Retroactividad de la LO 7/2003”, *Revista ATIP* (Asociación Técnicos IPP). N° 1 2004, pág. 16

⁷⁰⁶ CERVELLÓ DONDERIS, V., “Los nuevos criterios...”, *op. cit.*, págs. 75-94

íntegra salvo que se apruebe un indulto; ahora bien, lo que sí que es novedad de esta LO 7/2003, de 30 de junio, es que quiere que la pena se cumpla de forma *efectiva*. De todas las reformas se deduce que por *efectivo* hay que entender que el penado permanezca en una prisión en régimen ordinario, y que, por tanto, el legislador entiende que el estar en una de régimen abierto no lo considera como cumplimiento efectivo, y por ello se trata de retrasar lo más posible su salida a este tipo de prisión abierta, este argumento es mantenido por el CGPJ⁷⁰⁷. En contra de este criterio se manifestaron los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en su reunión del año 2004 quienes acordaron por mayoría que: “La expresión *cumplimiento efectivo* no excluye, a efectos de libertad condicional, el tiempo transcurrido en tercer grado de tratamiento. La expresión *cumplimiento efectivo* significa que no podrá computarse el tiempo no cumplido, bien sea por haberlo redimido, bien sea por haber sido objeto de un indulto parcial”.

Por tanto, el legislador de 2003 optó por una concepción inocuidadora de la prevención especial consistente en mantener al delincuente alejado el mayor tiempo posible de la sociedad⁷⁰⁸, también por cuestiones electorales, pues como bien ha indicado **Gimbernat Ordeig**: “*hace ya unos cuantos años que en los países democráticos -no sólo en España- los políticos descubrieron que en el Derecho Penal –más precisamente en el endurecimiento del Derecho Penal- había una gran cantera de votos...*”⁷⁰⁹. En este punto ha coincidido acertadamente la mayoría de la doctrina penalista y penitenciaria.

Se establecía en el art. 36.2 CP con la reforma de la LO 7/2003 que cuando se imponía una pena de prisión superior a cinco años, el condenado no podía ser clasificado en el tercer

⁷⁰⁷ Informe al Anteproyecto de LO 7/2003. Madrid. 2003, pág. 73

⁷⁰⁸ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., "La contrarreforma penal de 2003: nueva y vieja política criminal", *Revista jurídica galega*, Nº 388, 2003, pág. 24

⁷⁰⁹ GIMBERNAT ORDEIG, E., “Prólogo a la noventa edición” en *Código Penal*, edición de GIMBERNAT ORDEIG, E. y MESTRE DELGADO, E., Madrid., 2004

grado hasta haber cumplido la mitad de la pena impuesta. Ello no obstante, se introdujo la previsión de que el JVP podía acordar bien su mantenimiento, bien la aplicación del régimen general de cumplimiento, con lo que podía ser clasificado inicialmente en tercer grado con independencia del tiempo cumplido, volviendo a tener sentido el criterio del art. 72.4 LOGP. Por ello podemos decir que se establecía una doble vía para la clasificación en tercer grado, si la pena era hasta cinco años regía el sistema general de individualización científica (art. 72.3 y 4 LOGP); pero si el delito era grave (pena superior a cinco años), salvo que lo autorizase el JVP la aplicación del sistema citado, el penado quedaba fuera del mismo "aparcado" a la espera de que se cumpliera el periodo de seguridad. Así lo reconocía el CGPJ en el informe al Anteproyecto LO 7/2003: "*Si contempla el cumplimiento de la mitad de la pena sólo es como presupuesto de hecho que opera a modo de condición sin el que no cabe, en determinados casos, la concesión del tercer grado, dentro del sistema progresivo de ejecución de la pena de prisión*". Aquí cabe apreciar la influencia del denominado *Derecho Penal del enemigo*, según el cual algunos delincuentes pierden parte de sus derechos en base a la gravedad de los delitos, lo cual encaja con la ola de neoconservadurismo que entiende la justicia como venganza⁷¹⁰.

La Comisión Técnica de Reforma del Sistema de Penas proponía que para poder ser aplicado el régimen general el penado tendría que cumplir *un año* de la pena⁷¹¹. Otra propuesta que figuraba en el Anteproyecto de la LO 7/2003 aprobado por el Consejo de Ministros de 3 de enero de 2003 establecía la necesidad de tener cumplida la *cuarta parte* de la pena, quizá por ser este el plazo establecido para los permisos de salida (art. 47.2 LOGP), se pensó que no tendría sentido, con gran razón por cierto, que un penado fuese clasificado en tercer grado si no podía disfrutar de este tipo de permisos, aunque también sería conveniente reformar el art. 47.2 LOGP estableciendo mayor

⁷¹⁰ RENART GARCÍA, F., *Libertad condicional...*, Madrid., 2003, pág. 14

⁷¹¹ VILLAMERIEL PRESENCIO, L., *op. cit.*, pág.4

flexibilidad en cuanto al criterio rígido de la cuarta parte de la pena para los permisos. Pero ambas propuestas finalmente no se recogieron en la LO 7/2003 y, por tanto, se puede aplicar el régimen general desde el inicio del cumplimiento de la pena pero con determinados requisitos como veremos a continuación.

En la redacción del Anteproyecto de L.O. de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, el segundo párrafo del art. 36.2 establecía que la facultad del JVP de proceder a la aplicación del régimen general de cumplimiento quedaba restringida por la exigencia de que el penado hubiera cumplido la cuarta parte de la condena, lo que generaba cierto grado de confusión. En este sentido, el Informe del CGPJ al Anteproyecto, de 6 de febrero de 2003, ponía de manifiesto la necesidad de que el legislador aclarase si en caso de pronóstico favorable de reinserción social se exigía, en todo caso, un periodo mínimo de seguridad de una cuarta parte de la condena - en cuyo caso debería suprimirse la remisión del segundo párrafo in fine al régimen general-, o si, por el contrario, en caso de prognosis favorable, no se requería período mínimo de seguridad, por lo que debería desaparecer la mención al requisito de haber cumplido una cuarta parte de la condena, pues, “siendo cierto que en la práctica la regulación actual es interpretada en el sentido de que el tercer grado no se concede hasta el cumplimiento de una cuarta parte de la condena, no es requisito exigido en el art. 104.3 del RP”⁷¹². Pese a ello, la necesidad de haber cumplido la cuarta parte de la condena permaneció inalterada en el Proyecto de Ley presentado en el Congreso de los Diputados⁷¹³; sin embargo, mediante las enmiendas de modificación núms. 51 y 60, presentadas por los Grupos Parlamentarios Popular y Socialista, así como por el Grupo Parlamentario Catalán (CiU), se propuso -con éxito y con

⁷¹² Algunos autores defienden establece el periodo de seguridad en la cuarta parte de la pena, como ocurre con los permisos de salida (art. 47.2 LOGP). Tal es caso de RODRÍGUEZ ALONSO, A. Y RODRÍGUEZ AVILÉS, J. A., *Lecciones...*, *op. cit.*, pág. XXXIII

⁷¹³ Véase el BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, núm. 129-1, 14 de febrero de 2003. Pág. 4

total acierto- la supresión del citado requisito temporal pues “se trata de que los Jueces de Vigilancia Penitenciaria puedan enjuiciar singularmente las circunstancias concurrentes en cada caso, pero sometida la decisión al previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, con el fin de aplicar el régimen general de cumplimiento de las penas”⁷¹⁴.

El Grupo Parlamentario Catalán también presentó en el Congreso la enmienda nº 59 a la LO 7/2003 pretendiendo elevar el límite del periodo de seguridad a los ocho años en base a entender que: *"en la medida que el artículo (36.2) contiene una institución novedosa en nuestro derecho penal y penitenciario, debe considerarse con cautela suficiente a fin de que, su aplicación, no se produzcan efectos no deseados. Asimismo, la ampliación del periodo de seguridad es necesaria ya que la realidad penitenciaria nos muestra que los condenados a más de cinco años de reclusión son una gran mayoría de los penados, y, en muchas ocasiones, son porque se utiliza violencia en la comisión del delito"*. Esta enmienda no prosperó. Compartimos la propuesta de este grupo parlamentario puesto que la mayoría de los internos cumplen penas superiores a cinco años por delitos de robo o contra la salud pública, y, por tanto, hubiese sido razonable elevar el periodo de seguridad a ocho o diez años para evitar que a la mayor parte de los penados les sea aplicado un régimen excepcional de cumplimiento en base al art. 36.2 CP.

Decía textualmente el art. 36.2 CP tras la LO 7/2003:

"Cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, la clasificación del condenado en el tercer grado penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta."

El JVP, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador,

⁷¹⁴ BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, núm. 129-7, 25 de marzo de 2003.

cuando no se trate de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código o cometidos en el seno de organizaciones criminales, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento.”

Como vemos, se disponía como regla que en las penas superiores a cinco años sería necesario haber cumplido la mitad de la pena impuesta para obtener el tercer grado de tratamiento penitenciario. En el segundo apartado, sin embargo, se facultaba al JVP, en tales penas superiores a cinco años, para acordar la aplicación general del cumplimiento, cuando tenga pronóstico individualizado y favorable de reinserción social. Posibilidad facultativa que no alcanza a determinados delitos de terrorismo y de organización criminal, en los que rige de forma absoluta la exigencia del cumplimiento de la mitad de la pena, como periodo de seguridad previo al otorgamiento del posible tercer grado⁷¹⁵, con la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio, también se aplica a los condenados por determinados delitos contra la libertad e indemnidad sexual cuando la víctima sea menor de 13 años. De tal forma, como dice **Cervelló Donderis**, esto significa que el pronóstico individualizado y favorable de reinserción social por las circunstancias personales del reo y del tratamiento reeducador no tiene ninguna validez a efectos de progresión ya que aunque sea aconsejable el paso a tercer grado se deberá mantener en grado inferior, disposición claramente contraria a lo previsto en el art. 72.4 LOGP que prohíbe mantener a un interno en un grado inferior al que merezca por la evolución del tratamiento⁷¹⁶. Por su parte **Manzanares Samaniego** dice que se debería haber modificado el art. 72.3 LOGP que permite la clasificación inicial en tercer grado “siempre que de la observación y la clasificación

⁷¹⁶ CERVELLÓ DONDERIS, V., “Los fines de la pena...”, *op. cit.*, págs. 245-257

correspondiente de un interno resulte estar en condiciones para ello”, así como el art. 72.4 de la misma ley: “En ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión”, para ser más coherentes con la finalidad última de la reforma⁷¹⁷. En el mismo sentido se manifiesta **Espina Ramos** quien distingue dentro del periodo de seguridad en la ejecución de la pena, dos modalidades, la genérica del 36.2 CP, y la agravada para los casos de terrorismo y delincuencia organizada, en la que no es posible la vuelta al régimen general de ejecución de la pena y afirma que dicha excepción para este tipo de delincuencia “puede dar lugar a problemas de constitucionalidad ya que, a diferencia de los demás supuestos, excluya a priori y de forma absoluta cualquier tipo de evolución favorable de este tipo de internos, incluso en el caso de rechazo expreso de las actividades terroristas”⁷¹⁸.

b) Naturaleza

Respecto al art. 36.2 CP el CGPJ en el informe al Anteproyecto de esta ley indicó sobre la *naturaleza* del mismo: “En primer lugar se trata de una disposición del Derecho de la ejecución de penas y no del Derecho penal material por cuanto afecta a la clasificación del penado y al régimen de cumplimiento de la prisión”. Por ello el CGPJ señaló la conveniencia de que esta exigencia para la concesión del tercer grado penitenciario se estableciese, al igual que sucede con las demás condiciones legales del mismo, en la LOGP: “Sacar esta norma del Código Penal evitaría el riesgo de error en la calificación de su naturaleza jurídica...”. Como el legislador no siguió estas indicaciones del CGPJ, se produce la confusión respecto a sí este periodo de seguridad es derecho penal material

⁷¹⁷ MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “El cumplimiento...”, *op. cit.*, pág. 213

⁷¹⁸ ESPINA RAMOS, J., “La reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: luces y sombras”, *Revista de derecho y procesal penal*, Nº 11, pág. 27.

o ejecutivo con lo que se genera dudas sobre su retroactividad. La doctrina mayoritaria, como es el caso de **Rodríguez Alonso**, entiende que sería deseable que estuviese recogido en la LOGP⁷¹⁹. Por el contrario, en Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 6 mayo 2004 se entiende que: "*Distinguir entre la pena por un lado, y la vida de la pena, por otro, como si la pena existiera materialmente al margen de su cumplimiento, es contrario a toda experiencia y a la razón vital*" y por ello afirma que esta norma no es ajena al Código Penal.

El periodo de seguridad debería estar recogido en la LOGP y en el RP⁷²⁰ puesto que afecta a la clasificación penitenciaria, y, por otro lado, esta ley también tiene el rango de ley orgánica. Por tanto desde un punto de vista formal, en cuanto supone de forma asistemática introducir en el Código Penal reglas estrictamente referidas al cumplimiento de las penas privativas de libertad, y por tanto su ubicación debe encontrarse en la legislación penitenciaria, como desde una perspectiva material, en cuanto supone una ruptura del sistema de individualización científica que instauró la LOGP en 1979.

c) La retroactividad

Uno de las dudas que se plantearon con la entrada en vigor de la LO 7/2003 fue la posible retroactividad del periodo de seguridad. En su informe al Anteproyecto de esta ley el CGPJ distinguía entre "retroactividad auténtica y retroactividad impropia", así como la diferenciación entre Derecho penal material y Derecho procesal de ejecución de penas, sosteniendo

⁷¹⁹ RODRÍGUEZ ALONSO, A., *Lecciones...*, *ob. cit.*, págs. 295-296. En la misma línea LÓPEZ PEREGRÍN, C., "¿Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas?", *Revista Española de Investigación Criminológica*, <http://WWW:criminología.net>, Madrid, 2004, pág. 11. Y RENART GARCÍA, F., *La libertad condicional...*, *op. cit.*, pág. 88

⁷²⁰ FUENTES OSORIO, J. L., "Sistema de clasificación penitenciaria y el periodo de seguridad del art. 36.2 CP", *Revista de para el análisis del derecho*. www.indret.com, Barcelona, Enero 2011, pág. 8, consulta 2-2-2011

la *retroacción* del periodo de seguridad (art. 36.2 CP), y en base a todo ello entendió, aplicando la jurisprudencia sobre del Tribunal Constitucional, que cuando un penado no está todavía clasificado en tercer grado no tiene "*derechos subjetivos*" al mismo, sino "*expectativas de derechos*" por lo cual el periodo de seguridad no sería aplicable a los que ya están clasificados en tercer grado⁷²¹, pero sí a los que todavía no lo tengan aprobado con independencia de la fecha de comisión del delito. **Fernández Arévalo**⁷²² defiende la constitucionalidad de la disposición transitoria única de la LO 7/2003, considerándola irreprochable, pues desde la STC 42/1986 (fundamento jurídico 3º) lo que prohíbe art. 9.3 CE es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos en situaciones anteriores, pero no, la incidencia de la nueva ley en los derechos en cuanto su proyección hacia el futuro.

Hay que resaltar que en el citado informe había un voto particular al que se adhirieron siete miembros del denominado sector *progresista* que no estaban de acuerdo con esta interpretación. Como mantienen **García Albero** y **Tamarit Sumalla**⁷²³ los argumentos de *retrospección* de la LO7/2003 no logran convencer puesto que afectan directamente al estatuto a la libertad como derecho fundamental, y para ello citaban como ejemplo histórico el tratamiento que se dispensó a las *redenciones de penas por el trabajo* en el Código Penal de 1995 al establecer el derecho a las mismas de todos los penados a quienes cometieron el delito con anterioridad a su entrada en vigor (25 de mayo de 1996) si les beneficiaba aunque todavía no hubiesen comenzado a cumplir la pena. El legislador no fue tan radical como el CGPJ y estableció que los artículos. 36.2, 76 y

⁷²¹ TÉLLEZ AGUILERA, A., "La ley de cumplimiento integro y efectivo de las penas: una nota de urgencia, *Diario La Ley*, 14-8-2003, pág. 4.

⁷²² FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., "Alcance de la disposición transitoria única de la LO 7/2003: retroactividad". *XIII Reunión Jueces de Vigilancia*, Valencia, 2004, pág. 19

⁷²³ GARCÍA ALBERO, R. y TAMARIT SUMALLA, J.Mª., *La reforma...*, *op. cit.*, pág. 29

78 de la Ley 7/2003 sólo podrán aplicarse a los delitos que se comentan a partir de la entrada en vigor de la misma⁷²⁴, ya que estos quedan excluidos de la Disposición transitoria única que establece que sólo se aplicarán las disposiciones de esta ley desde la entrada en vigor de la misma en los artículos 90 y 90.3 CP y 72.5 y 6 de la LOGP. Pero estos últimos artículos también afectan al derecho fundamental a la libertad y por ello la disposición transitoria única ha de reputarse *inconstitucional*⁷²⁵, criterio que compartimos totalmente, debería haberse establecido un periodo transitorio como se hizo con el citado ejemplo de la redención de penas por el trabajo

La Inst. 9/2003 de la Dirección General IIPP de 25 de julio de 2003 que regulaba la las Indicaciones para la adecuación del procedimiento de actuación de las Juntas de Tratamiento a las modificaciones introducidas por la LO 7/2003, de 30 de junio, determinó la aplicación retroactiva del periodo de seguridad, en el mismo sentido se pronunció la Inst. 2/2004, de 16 de junio, que ha derogado la citada instrucción.

Como bien dice **Leiva Tapia**: “*no cabe articular, y tampoco avalar, una aplicación retrospectiva del periodo de seguridad a las condenas que han iniciado su fase de ejecución, mucho menos cuando la misma viene de la mano de una mera Instrucción Administrativa, aparentemente fundada en unos criterios o recomendaciones que, con independencia de que tengan sus propios fundamentos más o menos sólidos, en ningún caso han sido dirigidos a la Administración sino al Legislador, quien es el único legitimado para optar por unas u otras alternativas*⁷²⁶”.

Por el contrario, la Generalitat de Catalunya, que tiene competencias en cuanto a la ejecución penitenciaria, si bien su

⁷²⁴ GARCÍA ALBERO, R. y TAMARIT SUMALLA, J.M^a., *La reforma...*, *op. cit.*, pág. 30

⁷²⁵ GARCÍA ALBERO, R. y TAMARIT SUMALLA, J.M^a., *La reforma...*, *op. cit.*, pág. 31

⁷²⁶ LEIVA TAPIA, J., *op. cit.*, pág. 9

Circular 1/2003 , de 22 de septiembre, ordenó la aplicación retroactiva, pero posteriormente estableció que no cabe tal retroactividad en su Circular 1/2004, de 8 de junio, al producirse diversas resoluciones que niegan tal retroactividad, como son los Autos de la Audiencia Provincial de Madrid Sección Quinta de 6 de mayo y de la Audiencia Provincial de Barcelona Sección Novena de 14 y 19 de mayo de 2004.

Por ejemplo, la Audiencia Provincial de Madrid, en Auto de 6 de mayo de 2004, valorando la aplicación del periodo de seguridad a un penado que delinquiró antes de la entrada en vigor de la LO 7/2003, de 30 de junio, se pronunció sobre la irretroactividad de la misma: "no cabe aplicarle una norma desfavorable (el periodo de seguridad), que le obligue a cumplir la mitad de la condena. Y es desfavorable -y, por tanto, debe ser irretroactiva- se indica en la propia exposición de motivos que la inspira". Sigue este Auto: La Ley 7/2003 es penitenciaria, con rango de ley orgánica, y afecta a un derecho fundamental: la libertad de una persona". Por ello, no es factible según este Tribunal *endurecer* una norma y aplicarla a alguien después de haber cometido un delito, puesto que ello crea desconfianza en la norma, es decir, da lugar a inseguridad jurídica, curiosamente, lo que se trataba de combatir con la LO 7/2003⁷²⁷.

Otras resoluciones que se pronunciaron en contra de la retroactividad del periodo de seguridad fueron, entre otras: el Auto de 6 de Junio de 2004 Sección V A.P. de Madrid, el Auto de 15 de Junio de 2004 Sección IV A.P. de Barcelona, el Auto de 14 de Marzo de 2005 Sección IV A.P. de Cádiz, el Auto de 21 de Enero de 2005 Sección II A.P. de Bilbao y el Auto de 11 de Junio de 2004 Sección I A.P. de Zaragoza.

Finalmente la STS para la unificación de doctrina nº 10/2005, de 12 de junio de 2006, llegó la conclusión de estimar interpretación correcta la que fue efectuada por los citados autos de las Audiencias Provinciales de Madrid, Barcelona, Cádiz.

⁷²⁷ En el mismo sentido de irretroactividad del periodo de seguridad de la LO 7/2003, por ser desfavorable al reo, los Autos de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 11 de junio y de 4 de noviembre de 2004.

Bilbao y Zaragoza, y por tanto, no ajustada a derecho la interpretación que se efectúa en el Auto recurrido de 6 de Julio de 2005 de la Sección IV de la Audiencia Nacional que aplicaba el periodo de seguridad de forma retroactiva al no poder ser aplicado el requisito del cumplimiento de la mitad de la prisión impuesta para acceder al tercer grado penitenciario respecto de penados por hechos ocurridos con anterioridad a la vigencia de la LO 7/2003, es decir, con anterioridad al 2 de Julio de 2003, porque siendo más perjudicial la Ley nueva que la existente en el momento de la comisión del delito concernido, sin que por otra parte no exista específica y concreta referencia legal en la Disposición Transitoria Única al art. 36 del CP, no es posible una interpretación extensiva en contra del reo. La Disposición Transitoria citada contiene un ámbito de vigencia exclusivamente referido a los arts. 90 y 93-3º CP. Dicha Disposición Transitoria no afecta al art. 36 CP que quedaba fuera del ámbito de dicha Disposición sin que pueda admitirse esa explicación por su naturaleza de interpretación extensiva en contra del reo por la vía oblicua del art. 72-5º de la LOGP, como efectuó la Sección IV de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. En consecuencia, *hay que declarar que la interpretación que efectúa la Sección IV de la Sala de lo Penal de exigir el cumplimiento de la mitad de la pena de prisión impuesta para acceder al tercer grado penitenciario al haber ocurrido los hechos antes de la vigencia de la Ley 7/2003, no es ajustado a derecho.*

A pesar de ello hay autores, como **Rodríguez Alonso**, que defienden que aunque con mayor grado de cumplimiento efectivo, la pena que sigue cumpliendo es la misma en su extensión a la impuesta por la norma originaria (...). Tan sólo si la actual normativa sirviera de base para sobrepasar la duración concreta de la pena impuesta en sentencia condenatoria se estaría vulnerando el principio de irretroactividad. La garantía penal derivada del principio de legalidad (art. 2.1 CP) determina sólo la prohibición de retroactividad de normas que impongan penas más graves a las impuestas con arreglo a la normativa previa (...). El art. 3.2 CP parece admitir que la posibilidad de que las penas y medidas ya impuestas se ejecuten con una

normativa aprobada con posterioridad a la perpetración de los hechos que motivaron la condena. (...). Por ello, entiende que la Disposición Transitoria única de la LO 7/2003 únicamente vulneraría la prohibición constitucional de irretroactividad si, bajo las nuevas condiciones de cumplimiento, se produjera la regresión del tercer grado o la revocación de la libertad condicional ya concedida pues es una *situación jurídica consolidada* (...). No parece, por tanto, que en este punto la reforma aprobada pueda reputarse inconstitucional⁷²⁸.

Es cierto que la LO 7/2003, de 30 de junio, no incrementa la duración de las penas ya firmes, ni las futuras por hechos cometidos con anterioridad su entrada en vigor, pero sí, como dice el citado autor, supone un endurecimiento del cumplimiento de las penas por los delitos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la citada ley orgánica; y este mayor endurecimiento entendemos que afecta al derecho a la libertad (art. 17 CE) pues es posible prolongar el cumplimiento *efectivo* de la pena en prisión por más tiempo del inicialmente previsto cuando se cometió el delito, conculcando con ello el derecho a la seguridad jurídica, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (art. 9 CE).

Ríos Martín se opone claramente a la retroactividad de la LO 7/2003, de 30 de junio, y entiende que sólo es aplicable a las personas que delincan a partir del 2 de julio de 2003, fecha en que entró en vigor la citada ley⁷²⁹. Nosotros compartimos totalmente este criterio por ser el criterio más acorde con el principio de la irretroactividad las leyes desfavorables al penado, y más cuando el mismo ya está cumpliendo la pena desde hace tiempo, y de la noche a la mañana se cambia la legislación penal creándole cierta inseguridad jurídica.

Por todo lo expuesto, consideramos acertado que la Inst. 2/2005, de 15 de marzo, suprimiese la retroactividad del periodo

⁷²⁸ RODRÍGUEZ ALONSO, A., *Lecciones de...*, op. cit., 2003, pág. XXX- I.

⁷²⁹ RÍOS MARTÍN, J. C., *La ejecución...*, op. cit., pág. 92-100

de seguridad a aquellos casos en que la fecha de la sentencia por la que se cumplía condena fuese anterior al 2 de julio de 2003, momento de entrada en vigor de la LO 7/2003, de 30 de junio.

d) Consideraciones doctrinales

Durante la tramitación de la LO 7/2003, de 30 de junio, algunas de las enmiendas presentadas solicitaron la supresión del periodo de seguridad del art. 36.2 por entender que el cumplimiento de la mitad de la pena en los supuestos de que la pena fuese superior a cinco años de prisión para acceder al tercer grado penitenciario era puramente *retribucionista*, carente de respaldo a la hora del respeto constitucional de la reinserción social que debe primar las penas privativas de libertad⁷³⁰. Pero

⁷³⁰ Véase la intervención del diputado del Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida, Sr. Rejón, quien, en la Sesión Plenaria núm. 223, celebrada el 6 de marzo de 2003 en el Congreso de los Diputados, apuntaba que “contra lo que verdaderamente carga este Proyecto de ley orgánica del Gobierno del Partido Popular es contra el sistema de individualización científica, que implica entre otras cosas, la progresión y regresión en el tratamiento penitenciario” (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, 6 de marzo de 2003, pág. 11862). En parecidos términos, la Enmienda de supresión núm. 7, presentada por el el diputado Sr. Puigcercós i Boixassa, del Grupo Parlamentario Mixto, al señalar que “la introducción de un nuevo apartado 2 en el artículo 36 del Código Penal, instituyendo un “período de seguridad”, constituiría un paso definitivo en el proceso de liquidación del modelo instituido por la LOGP, una de las leyes más humanas del mundo pero que ha sido sometida a un acoso constante. De prosperar la propuesta del Gobierno, la custodia e inoquización de reclusos se erigirían en los objetivos principañes de las prisiones...” (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 129-7, 25 de marzo de 2003, pág. 28). En esa línea, la enmienda de supresión núm. 22, presentada por la diputada Sra. Lasagabaster Olazábal, del Grupo Parlamentario Mixto, en la que justifica su propuesta en atención al hecho de que con el art. 36.2 “se niega lo que constituye la piedra angular del sistema penitenciario, que es la individualización científica. Se abandona el diseño de la LOGP de 1979 para volver al anterior sistema progresivo. Se niega, por tanto, que durante un período de tiempo establecido a priori, el sujeto pueda cumplir la pena de prisión en un régimen de semilibertad por haber evolucionado” (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 129-7, 25 de marzo de 2003, pág. 32). El único Grupo Parlamentario que propuso el aumento de 5 a 8 años de condena para la aplicación del período de

aquí hemos de recordar que el Tribunal Constitucional, en las diversas ocasiones en las que se ha pronunciado al respecto y entre ellas, las sentencias del Tribunal Constitucional 2/1987 de 21 de enero, 28/1988 de 23 de febrero, 55/1996 de 28 de marzo, 112/1996 de 24 de junio, 75/1998 de 31 de marzo y 91/2000 de 30 de marzo, reitera que, en principio, dicha vulneración carece de entidad autónoma para justificar, por sí sola, la pretensión de amparo por cuanto, dicho precepto, -se refiere al art. 25.2- no contiene un derecho fundamental, “sino un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos” precisando además que “el artículo 25.2 de la Constitución no establece que la reeducación y la reinserción social sean la única finalidad legítima de la pena privativa de libertad”. En consecuencia, según **González Pastor**⁷³¹, tampoco la reforma introducida estaría en contra de la finalidad constitucionalmente citada en el referido artículo, si bien se ha introducido un elemento de rigidez⁷³².

Desde nuestro punto de vista, no cabe duda que el art. 36.2 establece un *elemento extraño* en el procedimiento de clasificación que *distorsiona* el sistema de individualización científica recogido en la LOGP y el RP, requiriendo el cumplimiento necesario de la mitad de la pena lo cual choca con el tratamiento flexible y basado en la evolución de la

seguridad, fue el Grupo Parlamentario Catalán (CiU) a través de la enmienda de modificación núm. 59, justificando su propuesta en el hecho de que “en la medida que el artículo contiene una institución nonedosa en nuestro derecho penal y penitenciario, debe considerarse la cautela suficiente a fin de que, de su aplicación, no se produzcan efectos no deseados”, añadiendo que “la ampliación del período de seguridad es necesaria ya que la realidad penitenciaria nos muestra que los condenados a más de cinco años de reclusión son una gran mayoría de los penados y, en muchas ocasiones, no se utiliza la violencia en la comisión del delito” (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 1297, 25 de marzo de 2003, pág. 45)

⁷³¹ GONZÁLEZ PASTOR, C. P., "Análisis de la LO 7/2003: Examen de su constitucionalidad". *Revista Actualidad Penal*, Nº 40, 2-11-2003. Pág. 12

⁷³² TÉLLEZ AGUILERA, A., “La ley de cumplimiento...”, *op. cit.*, pág. 4.

personalidad del penado⁷³³. En la misma línea **Cervelló Donderis**⁷³⁴ mantiene que a partir de ahora se da preferencia a criterios objetivos basados exclusiva y preferentemente en la duración de la pena impuesta, por más que se admitan excepciones de las que se excluye expresamente al terrorismo y delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, y desde la LO 5/2010, de 22 de junio, a determinados condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexual. En el mismo sentido se manifiestan **González Cussac** y **Orts Berenguer** para quienes el periodo de seguridad es una novedosa y discutible restricción a los derechos del condenado a obtener un beneficio tan esencial como la progresión al régimen abierto, básico desde la perspectiva del principio de constitucionalidad de resocialización y reeducación, que constituye la finalidad esencial de las penas privativas de libertad (art. 25.5 CE)⁷³⁵. Pero el punto álgido de la gravedad de dicha reforma, la sitúan en que esta restricción se fundamenta exclusivamente en le dato de la gravedad de la pena desconociendo el criterio fundamental para limitar el acceso al tercer grado que es la peligrosidad criminal, y en consecuencia el pronóstico favorable o desfavorable de reinserción.

Desde el punto de vista político-criminal, el establecimiento de un periodo de seguridad para obtener la clasificación en tercer grado cuando se trate de penas superiores a cinco años, constituye un claro detrimento de las teorías de la reinserción y rehabilitación social frente a una cada vez mayor aumento de criterios preventivo-generales positivos, que en realidad, enmascaran un neoretribucionismo⁷³⁶. Como bien

⁷³³ En este sentido GARCÍA ALBERO, R. y TAMARIT SUMALLA, J. M^a., *La reforma....*, op. cit., págs. 47-48

⁷³⁴ CERVELLÓ DONDERIS, V., “Los nuevos criterios...”, op. cit., pág. 14.

⁷³⁵ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y ORTS BERENGUER, E., *Compendio de Derecho Penal, Parte General*, Valencia, 2008

⁷³⁶ GUINOT MARTÍNEZ, M., “Problemas aplicativos del denominado periodo de seguridad”, *WWW. derechopenal online.con/derecho.php.*, pág. 3, consulta 28/11/2008

destaca **Quintero Olivares** todo ello no significa que en el proceso de clasificación no haya de atender, entre otras muchas variables, a la gravedad de la pena impuesta, como de hecho se hace, pero no condicionar por completo una clasificación cuyo objetivo no es otro que el servir de marco para la planificación del programa de tratamiento, así como la determinación del establecimiento de destino, y la sección o departamento cuyo régimen de vida resulte más apropiado para aquel⁷³⁷. Para la clasificación en tercer grado la duración de la condena y la parte pendiente de cumplimiento han sido siempre factores secundarios, y sólo tras modificación del art. 36 CP, se ha establecido un periodo de seguridad que puede frenar el acceso al tercer grado, como consecuencia de ello al régimen abierto, y, por tanto, a la reinserción establecida en el art. 25.2 CE.

Ya hemos visto que con esta nueva figura se ha introducido un elemento de *rigidez* en la flexibilización que caracteriza al sistema de individualización científica.

También hemos comprobado que la Disposición Transitoria de la Ley LO 7/2003, de 30 de junio, no hace referencia al art. 36.2 CP, por lo que entendemos que la exigencia del periodo de seguridad no tiene efectos retroactivos, y por ello no procederá ninguna regresión a segundo grado de quien estando clasificado en tercer grado antes de la entrada en vigor de la reforma y hallándose condenado a penas superiores a 5 años no tuviera cumplida la mitad de la condena, ni tampoco sería aplicable a los penados que cometieron el delito antes de la entrada en vigor de la LO 7/2003 el 2 de julio de 2003.

Antes de la LO 7/2003, de 30 de junio, podían ser clasificados en tercer grado los penados, que por sus circunstancias personales y penitenciarias estaban capacitados para vivir en semilibertad (art. 102.3 RP) puesto que el art. 72.4 LOGP establece que: "*En ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión*". Por su parte el

⁷³⁷ QUINTERO OLIVARES, G. *Comentarios a nuevo Código Penal*, Madrid., 2005

art. 72.3 dispone que siempre que de la observación y clasificación correspondiente de un interno resulte en condiciones para ello, *podrá ser clasificado inicialmente el grado superior*, salvo el de libertad condicional sin pasar necesariamente por los anteriores. Por tanto, se podía clasificar en tercer grado a cualquier penado que reunía los requisitos para vivir en régimen abierto sin haber cumplido ningún plazo mínimo de condena. Tras LO 7/2003, de 30 de junio, se producen una serie de *contradicciones* entre la normativa penal y penitenciaria⁷³⁸, es decir, entre los artículos citados de la LOGP y el reformado art. 36.2 CP, que establece que para acceder al tercer grado era necesario haber cumplido el denominado periodo de seguridad (la mitad de la pena cuando ésta era superior a cinco años), aunque desde la LO 5/2010, de 22 de junio, puede ser impuesto en sentencia facultativamente por el Tribunal o Juez sentenciador, salvo para los delitos previstos por el propio art. 36.2 en los que ha de imponerse de forma obligatoria. Por lo cual, estimamos que sería necesaria la reforma del art. 72 LOGP en relación con el art. 36.2 CP.

Manzanares Samaniego⁷³⁹ se muestra favorable al periodo de seguridad porque entiende que la clasificación tercer grado suponía un amplio margen de discrecionalidad: "Este margen de actuación administrativa, sin otro control que el confiado a la discreción del Fiscal es, sin duda, excesivo. Sobre todo, cuando algunos penados sólo van a dormir al establecimiento penitenciario (...). Las críticas a esta situación han sido constantes, exigiendo al menos el previo cumplimiento efectivo de una parte de la pena, a semejanza de lo que ocurre con la libertad condicional. (...) Hoy la concesión del tercer grado funciona como la entrega de un cheque en blanco a la Administración Penitenciaria que ésta rebajará a voluntad, minusvalorando a veces el fundamento culpabilístico de la pena y sus fines de prevención general". La reforma de la LO 7/2003,

⁷³⁸ RENART GARCÍA, F., *La libertad condicional...*, *op. cit.*, pág.88.

⁷³⁹ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., "Cumplimiento íntegro...", *op. cit.*, pág. 12

de 30 de junio, exige "al menos el previo cumplimiento efectivo de una parte de la pena, a semejanza de lo que ocurre con la libertad condicional", lo que desde nuestro punto de vista significa volver al clásico sistema progresivo al exigir nuevos plazos objetivos de cumplimiento. En este sentido se manifiesta **Martínez Zandundo** quien entiende que es positivo que la clasificación en tercer grado dependa del cumplimiento de un determinado periodo, pues siempre será mejor que se condicione a la Administración Penitenciario por la ley, que es el resultado de la soberanía popular que por indicaciones de carácter administrativo⁷⁴⁰. **Gonzalo Rodríguez** afirma que "el fundamento de este periodo de seguridad puede encontrarse en la prevención general por integración, entendida como sentimiento de la comunidad sobre la vigencia de las norma. La sociedad no entendería que el autor de un delito grave pudiera acceder a un régimen abierto desde el inicio de su condena, resintiéndose el sentimiento de vigencia del ordenamiento jurídico. Con el establecimiento de un periodo de seguridad se refuerza la confianza en la eficacia del Derecho, pues, durante ese plazo de tiempo, el penado va a ser efectivamente privado de libertad, pagando por el grave delito que ha cometido"⁷⁴¹.

Por el contrario, **Ríos Martín**⁷⁴², mantiene que el periodo de seguridad destroza absurdamente y sin fundamento razonable el principio de individualización científica que se intenta conseguir a través del tratamiento penitenciario que postula la LOGP. Estamos de acuerdo con este autor en que la LOGP y su Reglamento cuentan con lo mecanismos suficientes de control para evitar que las personas con penas elevadas obtengan inicialmente el régimen abierto pero no lo hacen imposible para casos excepcionales, y que el acceso al régimen abierto y a la

⁷⁴⁰ MARTÍNEZ ZANDUNDO, C., "El periodo de seguridad: génesis y evolución. ¿Una vuelta al sistema progresivo?", *Revista electrónica de doctrina y jurisprudencia en línea*, consultada 17/8/2006.

⁷⁴¹ GONZÁLEZ RODRIGUEZ, R. M^a., "Legislación aplicada a la práctica: análisis del Código penal tras la reforma de la LO 7/2003", *La Ley Penal: revista de derecho penal procesal y penitenciario*, N^o 9, 2004, págs. 75-94

⁷⁴² RÍOS MARTÍN, J. C., *Manual...*, *op. cit*, pág. 89

libertad condicional debería hacerse en función del tratamiento individualizado legalmente establecido, y, por tanto, su aplicación no debería tener ningún límite temporal, sino que debería ser aplicado en función de las variables que establece la Legislación Penitenciaria. No cabe duda, como dice **Téllez Aguilera**, que el sistema de individualización científica acuñado por la LOGP se ha *esclerotizado*⁷⁴³, quebrando la columna principal del mismo al establecer nuevos plazos y otros requisitos. En este sentido se manifiesta **Bueno Arús**⁷⁴⁴ al decir que no está de acuerdo con el periodo de seguridad por ser claramente una medida de precaución política que altera la naturaleza y la finalidad preventivo-especial positiva de la pena.

La ausencia de requisitos temporales, propia de un sistema penitenciario que pretende apoyarse en las características individuales del sujeto, se ha visto seriamente dañada con la reforma de la LO 7/2003, de 30 junio, que ha regulado en el art. 36.2 CP el necesario para acceso al tercer grado, que pese a permitir la posibilidad de ser modificado por el JVP, supone un retroceso hacia un sistema más objetivo y rígido que el propugnado por la LOGP en 1979, novedad que sin ninguna duda margina los pronósticos de conducta y expectativas de reinserción social diseñados por el Equipo Técnico para potenciar el automatismo de los datos temporales⁷⁴⁵.

En otro orden de cosas, la introducción del periodo de seguridad va a suponer una grave contradicción con otros preceptos de la propia LOGP y el RP, así, en el art. 72.4 de la ley se establece que: “*en ningún caso se mantendrá a un interno*

⁷⁴³ TÉLLEZ AGUILERA, A., “¿Hacia un Guantánamo español?. Reflexiones a partir de la LO 7/2003”. *Revista ATIP* (Asociación Técnicos IIPP), Madrid, N° 1 2004, pág.24

⁷⁴⁴ BUENO ARÚS, J., Prólogo al libro de RENART GARCÍA, F., *Libertad Condicional...*, Madrid. 2003, pág.21

⁷⁴⁵ CERVELLÓ DONDERIS, V. “La clasificación en tercer grado como instrumento de resocialización”. Dentro de *El JVP y el tratamiento penitenciario*, CGPJ, Madrid, 2006, pág. 167

en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor de su progresión”, lo que parece priorizar la valoración de las características personales del sujeto, por delante del delito cometido o la duración de la pena impuesta⁷⁴⁶. El art. 105.1 RP prescribe la obligación reglamentaria de revisar cada seis meses dicha clasificación. En estos casos, esa revisión resultará inútil si se encuentra clasificado en segundo grado y no ha cumplido aún la mitad de la condena para su clasificación en tercero⁷⁴⁷. Por tanto, el periodo de seguridad rompe el modelo diseñado en la LOGP, que era totalmente flexible y estaba presidido por la idea de no mantener a un interno en un grado inferior al que merece, haciendo posible el paso inmediato al tercer grado⁷⁴⁸. Todo ello condiciona gravemente también la planificación del programa de tratamiento y todas las demás previsiones encaminadas a la resocialización de los penados. Por lo que consideramos conveniente la supresión del periodo de seguridad, y en caso de que se mantenga debería incluirse en la LOGP, y reformarse los apartados tercero y cuarto del art. 72 de la citada ley.

También se planteaba la duda interpretativa de qué ocurría si el sujeto estaba cumpliendo varias penas que no superaba ninguna de ellas los cinco años de condena pero sí rebasaba dicho límite la suma total de las mismas. La cuestión es, pues, si el periodo de seguridad entraba en juego, como si de una pena accesoria se tratara, cuando una pena alcanza el citado umbral de rebasar los cinco años o si es predicable de penas de duración inferior pero que han quedado refundidas o acumuladas dando lugar a una pena resultante que supera dicho límite. Para **Téllez Aguilera**⁷⁴⁹ una interpretación teleológica del 36.2 CP impide llegar a la ilógica deducción que una pena de

⁷⁴⁶ GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios...*, *op. cit.*, pág. 179

⁷⁴⁷ GARCÍA ALBERO, R., y TAMARIT SUMALLA, J. M^a., *La reforma...*, *op. cit.*, pág. 44

⁷⁴⁸ FARALDO CABANA, P., “Un derecho penal de enemigos...”, *op. cit.*, pág. 321

⁷⁴⁹ TÉLLEZ AGUILERA, A., “La ley de cumplimiento...”, *op. cit.*, pág. 4

5 años y un día sí tiene periodo de seguridad, mientras que una pena de 15 años por refundición de 3 de 5 (esto es sin que ninguna supere el límite fijado por la ley para entender aplicable el periodo de seguridad) o de varias impuestas por delitos conexos de las cuales la mayor es una de cinco, no le es aplicable dicho periodo. El legislador ha querido que sobrepasado un determinado número de años de pena de prisión el penado no pueda ser clasificado en tercer grado hasta alcanzada la mitad de su cumplimiento, y para ello da igual que los citados años procedan de una pena única, varias acumuladas o refundidas.

En contra de esta interpretación se pronuncia **García Albero** pues tratándose *sensu stricto*, de refundición de penas ex art. 193.2 RP, la unidad se predica exclusivamente de la ejecución, más las penas siguen conservando, nominalmente su autonomía. Varias penas inferiores a cinco años siguen siendo, varias penas menos graves en la nueva reforma del art. 33 CP (LO 15/2003, de 25 de noviembre por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal) por mucho que, a efectos de ejecución, se haga precisa su consideración unitaria⁷⁵⁰. Además, el precepto que regula la refundición tiene mero rango reglamentario y se refiere sólo al cómputo a efectos de libertad condicional. Por todo ello, podemos decir que pretender transformar por la suma de penas menos graves en pena grave a efectos de libertad condicional no tiene cobertura ni legal ni reglamentaria.

Otra interpretación para saber qué penas son graves se basaba en que el art. 36.2 se refiere a *pena*, como consecuencia jurídica del delito, frente a *condena* que es el resultado de la suma aritmética o refundida de las penas impuestas (193.2 RP); y el citado art. 36. 2 dice textualmente la "*pena de prisión*", con lo que no podría entenderse como pena la suma de varias, pues esto da lugar a una condena. Por otro lado, la refundición de condenas es a los solos efectos de libertad

⁷⁵⁰ GARCÍA ALBERO, R. y TAMARIT SUMALLA, J. M^a., *La reforma...*, *op. cit.*, pág. 58

condicional con lo cual si quisiera establecer la unidad de ejecución a efectos de periodo de seguridad debería constar textualmente en el art. 36.2 CP.

Como bien dice **Polaino Navarrete**: *“el tenor literal de la nueva ley habla a favor de que únicamente se aplique a penas graves (superiores a 5 años), pero no a las menos graves acumuladas: el art. 36.2 CP habla de “pena de prisión impuesta... superior a 5 años” y de “cumplimiento de la mitad de la pena impuesta” por ello no se aplica el periodo de seguridad a penas inferiores a 5 años de prisión, aunque acumuladamente sumen más*⁷⁵¹.

La Instr. 9/2003, de 25 de julio, del Director General de IPPP sobre *“Indicaciones para la adecuación del procedimiento de actuación de las Juntas de Tratamiento a las modificaciones introducidas por la LO 7/2003”* del Director General de Instituciones Penitenciarias determinaba que el *período de seguridad* cuando el interno estaba condenado a varias penas debía computarse sumando todas ellas aunque hubiesen sido impuestas en diferentes procedimientos: *“En los supuestos en los que el penado cumpla una pena de más de 5 años o varias que sumadas aritméticamente o refundidas excedan de esta duración será requisito necesario que el interno tenga cumplida la mitad de la condena o condenas, con independencia de que éstas vengan impuestas en una o varias causas o procedimientos”*. La citada instrucción fue derogada por la Inst. 2/2004, que regula la misma materia manteniendo la misma redacción y criterio respecto al periodo de seguridad. La Generalitat de Catalunya, que tiene transferidas las competencias en la ejecución penitenciaria, si bien en su Circular 1/2003, de 22 de septiembre, ordenó que se debía aplicar el periodo de seguridad incluso a la suma de las penas que superasen los cinco años, en la Circular 1/2004, de 8 de junio, mantiene que sólo se aplicará el periodo de seguridad a penas superiores a cinco años, excluyendo la suma de varias

⁷⁵¹ POLAINO NAVARRETE, M., *La reforma penal española de 2003*, Madrid, 2004, pág.29

penas que no superen los cinco años para aplicar el periodo de seguridad. En esta última circular se indica que este cambio se produce debido a los Autos de la Audiencia Provincial de Madrid Sección Quinta de 6 de mayo y de la Audiencia Provincial de Barcelona Sección Novena de 14 y 19 de mayo que se pronuncian en este sentido.

Por todo ello, consideramos que la Inst. 2/2004 de la DGIIPP es contraria al principio de legalidad, y supone un caso de analogía *in malam partem*. El art. 3.2 CP establece que no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. Y todo ello porque en la Exposición de Motivos de la LO 7/2003 se señala que " en determinados delitos de cierta gravedad el condenado no podrá acceder al tercer grado de tratamiento hasta que haya cumplido la mitad de la condena". Por tanto se vincula el periodo de seguridad a los delitos considerados *cierta gravedad*. Para averiguar cuál es esta gravedad habrá que acudir al Código Penal, donde se establece en el art. 13 que *son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con pena grave*; y si queremos saber que son delitos son considerados graves para el legislador del año 2003 hemos de acudir la LO 15/ 2003, de 25 de noviembre, de modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, donde se establece en el art. 33.2 que *es pena grave la superior a cinco años*. Por lo tanto no parece que el sentido de la LO 7/2003, de 30 de junio sea que se establezca dicho periodo a delitos que no tengan esa "*cierta gravedad*" aun cuando sean varios y la cuantía de la pena correspondiente a cada uno sumada aritméticamente o refundida sea superior a cinco años, así parece que se debe interpretar tras la lectura de la exposición de motivos⁷⁵².

⁷⁵² PETISCO M^a TERESA Y SÁNCHEZ, FERNANDO, "Algunas consideraciones sobre la Instrucción 9/2003, *Revista Asociación de Técnicos de IIPP*, Cáceres., 2004, pág. 6.

Así pues, como bien dice Castro Antonio⁷⁵³ refiriéndose a la Inst. 2/2004 de la DGIIPP, resulta totalmente rechazable que una cuestión de tanta importancia como la que nos ocupa sea desarrollada por una Instrucción de la DGIIPP, órgano administrativo que no puede regular limitaciones en materia punitiva.

En la XIII Reunión de Jueces de Vigilancia, celebrada en Valencia en Marzo de 2004, se acordó por mayoría: *"Para la aplicación del periodo de seguridad recogido en el art. 36.2 CP se tendrá en cuenta cada una de las penas impuestas consideradas de manera individual; aun en el caso de que el penado cumpla penas sumadas aritméticamente o refundidas excedan el límite legal de 5 años"*. Todo ello en base a que el art. 36.2 del C.P. utiliza con absoluta claridad el término de "pena", ya que ésta es la consecuencia jurídica del delito y, por lo tanto, la respuesta que el Estado da de forma individual y proporcional al injusto penal cometido, frente a la expresión "condena", que es el resultado de la suma aritmética o refundida de las penas impuestas. Esta interpretación resulta más acorde con las exigencias del principio de legalidad penal, máxime cuando está en juego un valor jurídico superior como es la libertad.

Piénsese además que el art. 36.2 del CP utiliza la expresión "pena" frente al art. 193.2 del RP que utiliza el término "condena".

Debe señalarse que este criterio es el mantenido por la A.P. de Madrid (Auto 6-05-04) y la A.P. de Barcelona (19-05-04). Asimismo, se recoge en la Circular 1/2004 del Departament de Justicia de la Generalitat de Catalunya.

En las Conclusiones de los Jueces de Vigilancia del año 2008 se volvió a ratificar que *"Si concurren varias penas privativas de libertad, a efectos del cómputo del periodo de seguridad, se consideraran incluidas sólo aquellas superiores a*

⁷⁵³ CASTRO ANTONIO, J. L., "El periodo de seguridad", *XIII Reunión Jueces de Vigilancia*, Valencia, 2004, pág. 3

cinco años, con el límite de la mitad del máximo de cumplimiento fijado en virtud del art. 76 CP y sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 78 CP”.

Por todo ello, consideramos acertado que la Inst. 2/2005, de 15 de marzo, haya reformado la Inst. 2/2004 estableciendo: “Para la aplicación del periodo de seguridad se tendrá en cuenta la pena o penas impuestas consideradas de manera individual; es decir, que en los supuestos en los que el penado cumpla varias penas que sumadas aritméticamente o refundidas excedan de 5 años, pero que individualmente consideradas no excedan de este límite, no le será de aplicación el periodo de seguridad”.

e) La reforma del periodo de seguridad

Tal y como venimos defendiendo somos partidarios de la supresión del periodo de seguridad, regulado en el art. 36.2 CP, al considerarlo innecesario e incompatible con el sistema de individualización científica. Pero esta propuesta no parece que de momento vaya a prosperar, puesto que se pusieron en marcha varias reformas del Código Penal y en todas ellas el periodo de seguridad se ha mantenido, con lo cual se tiende a su consolidación dentro de nuestra legislación penal y penitenciaria.

La abundancia de reformas penales operadas en los últimos años en la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y sobre todo por la LO 7/2003 evidencian una marcada tendencia a agudizar el incremento de la represión punitiva, haciendo más gravosas para el delincuente las condiciones de cumplimiento de las penas privativas de libertad.

En esta línea de “endurecimiento” de la ejecución penal se encontraba el Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal que el 21 de julio de 2006 fue remitido al Fiscal General para que el Consejo Fiscal informara sobre el mismo. El contenido de este anteproyecto se centraba en tres objetivos básicos: la lucha eficaz contra el crimen organizado y el refuerzo de la seguridad pública, la adopción de nuevas medidas para proteger más eficazmente a las víctimas de delitos y la respuesta

penal más eficaz ante las nuevas formas de delincuencia. El Proyecto de Ley de reforma de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en su art. 94 apartado tercero establecía determinadas medidas dirigidas a combatir a “los reos reincidentes y a los habituales”.

Este Proyecto de Ley de reforma de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que su art. 94 apartado tercero establecía que *“Tanto a los reos reincidentes como a los habituales, los Jueces o Tribunales, oídas las partes y mediante resolución motivada, les impondrán alguna de las siguientes medidas: 1.ª Que la clasificación del condenado en tercer grado de tratamiento penitenciario no pueda efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta...”*.

Dentro la lucha eficaz contra el crimen organizado y el refuerzo de la seguridad pública, este Proyecto de Ley arbitraba en el art. 94.3 CP, con una sistemática confusa e inadecuada, una serie de medidas de régimen de ejecución para la delincuencia “clásica” inéditas, hasta ahora, en nuestro sistema punitivo. Algunas de estas medidas, introducidas en su momento por la LO 7/2003 para la delincuencia terrorista y delincuencia organizada, que ahora esta reforma pretendía ampliar, tanto cuantitativa como cualitativamente a la “delincuencia de la marginación y la exclusión social”, no suponen otra cosa que una forma de acomodar el régimen penitenciario a los pronósticos de peligrosidad que pueden representar personas que difícilmente van a insertarse y que su paso por un centro penitenciario no es más que otro peldaño que les llevará en un futuro más o menos mediato, dependiendo de la pena impuesta, a ingresar de nuevo en prisión.

El nuevo modelo, que hasta ahora se centraba en una delincuencia que se apreciaba como especialmente grave, cual es la delincuencia terrorista y la delincuencia organizada de la que se ocupó la LO 7/2003, se extendía en esta reforma a los delincuentes reincidentes y habituales, colocando el énfasis de la misma en un mayor control penal de esta delincuencia a través de tres medidas concretas que debían establecer los Jueces o Tribunales, oídas las partes y mediante resolución motivada:

a) Que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no pueda efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta.

b) Que para la concesión de la libertad condicional se hayan extinguido las 4/5 partes de la condena.

c) El sometimiento a programas de tratamiento terapéutico o educativo hasta de dos años.

La primera medida suponía el “endurecimiento” de la clasificación del condenado en el tercer grado, al no poderse efectuar hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta. Se trataba, en definitiva, de generalizar la aplicación del conocido como período de seguridad del artículo 36.2 CP, que introdujo la Ley Orgánica 7/2003 para los condenados a pena de prisión de duración igual o superior a cinco años, es decir, de naturaleza grave, con la diferencia de que en este caso el periodo de seguridad se extendía a cualquier pena de prisión, abstracción hecha de su duración e incluso de la propia naturaleza objetiva del delito cometido, lo que planteaba un riesgo evidente, que si el periodo de seguridad que introdujo la Ley 7/2003 se estableció para garantizar el principio de proporcionalidad, el periodo de seguridad que se introducía en esta reforma podría lesionar, *a sensu contrario*, este mismo principio de proporcionalidad de la reacción penal cuando se trate de delitos de escasa gravedad.

La segunda medida propuesta en esta reforma establecía que para la concesión de la libertad condicional se hubieran extinguido las 4/5 partes de la condena, lo que suponía una alteración del régimen jurídico general aplicable al disfrute de este Derecho penitenciario, que establece que la libertad condicional, salvo en los supuestos de condenados con enfermedad incurable o personas septuagenarias, requiere haber extinguido las 3/4 de la condena impuesta (artículo 90.1.b CP)⁷⁵⁴.

⁷⁵⁴ Este régimen general tiene como excepciones el adelantamiento temporal por razones tratamentales a las 2/3 partes, siempre que el interno merezca

La iniciativa de esta reforma suponía una postura continuista de la línea agravatoria que instauró la Ley Orgánica 7/2003 para los culpables de delitos graves de tipo terrorista u organizado, con la importante diferencia de que esta última retrasó la libertad condicional de estos internos a las 7/8 partes del límite de cumplimiento de la condena, porque concebía el régimen especial que introdujo en el art. 78 CP como una compensación al “trato de favor” que se derivaba de la aplicación de las reglas de la acumulación jurídica de penas, pero esta circunstancia no concurre con la delincuencia reincidente y habitual para justificar este retraso en el acceso a la libertad condicional.

La tercera medida –el sometimiento a programas de tratamiento terapéutico o educativo de hasta dos años– era una forma de potenciar simultáneamente las medidas limitadoras específicamente destinadas a combatir la peligrosidad más allá de lo que pueda hacerle la pena misma, lo que no constituye ninguna novedad en el modelo de ejecución penitenciaria, siendo además su eficacia en la práctica nula, porque a la luz de la garantía de los principios de voluntariedad del tratamiento (artículos 4.2 y 61 de la LOGP y 112 del RP) y de igualdad, el seguimiento de estos programas de tratamiento será siempre voluntario y no podrá suponer la marginación en los centros penitenciarios de los internos afectados. Concretamente, tal y como establece el art. 112 del RP, el rechazo del tratamiento no puede tener consecuencias disciplinarias, regimentales ni consistentes en la regresión de grado⁷⁵⁵.

dicho beneficio por haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales (art. 91.1 CP), y el llamado beneficio de adelantamiento cualificado de la libertad condicional (en el supuesto privilegiado del artículo 91.2 CP), donde el plazo de las 2/3 partes se podrá rebajar hasta un máximo de 90 días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena, una vez extinguida la mitad de la condena.

⁷⁵⁵ NISTAL BURÓN, J., “A propósito de las nuevas medidas que prevé el artículo 94.3 del Proyecto de Ley de reforma del la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”, Madrid, 2009, págs. 1-4

Cualquier medida que conlleve más tiempo de estancia en prisión, como es la que supone el “endurecimiento” de la ejecución penal, que primero introdujo la Ley 7/2003 para la delincuencia terrorista y organizada, y que se pretendía ampliar con esta reforma a la delincuencia reincidente y habitual, constituye un obstáculo que se opone al principio de reinserción y rehabilitación social recogido en el art. 25.2 CE. Además supondría un abandono de los postulados humanistas del sistema penitenciario y de renuncia manifiesta a los objetivos del modelo resocializador.

Por tanto, con este nuevo Anteproyecto no es que desapareciese el periodo de seguridad, sino que se potenciaba más todavía su utilización, aumentando más el protagonismo del llamado “Derecho penal del enemigo”, considerando como tales *enemigos*, en este caso, a los reos reincidentes y los habituales. Pero como bien dice **Manzanares Samaniego**: “*Lo correcto sería establecer en la LOGP el mínimo temporal de cumplimiento efectivo previo, a semejanza de lo que sucede con la libertad condicional*”⁷⁵⁶.

Posteriormente hubo una Proposición no de Ley aprobada por el Congreso de los Diputados el día 3 de junio de 2008, que instaba al Gobierno a tomar medidas para tender al cumplimiento efectivo de las penas aplicadas por delitos sexuales, y por ello se propone a la modificación del art. 36 CP. A partir de esta reforma cuando la pena de privación de libertad impuesta por delitos cometidos contra la libertad e indemnidad sexual de menores de 13 años sea superior a cinco años, la clasificación en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá realizarse en ningún caso antes del cumplimiento de la mitad de la condena. Con ello, se elimina la posibilidad de que los condenados que cuenten con un pronóstico positivo de reinserción social adelanten el momento de obtención del tercer grado, equiparándose, por tanto, la situación de los delincuentes sexuales a la de los terroristas y miembros de organizaciones criminales. Ahora bien, esta modificación que se estima

⁷⁵⁶ MANZANARES SAMANIEGO, J .L., *Suspensión...*, op. cit., pág. 229

conveniente para ciertos grupos de delitos de extrema gravedad, cuyos responsables suelen presentar perfiles muy determinados, por el contrario se considera innecesaria como régimen general para todos los delitos sancionados con penas de prisión superiores a cinco años. Por esta razón se elimina el automatismo hasta ahora vigente, introduciendo un mecanismo más flexible, expresión de un cabal entendimiento del arbitrio judicial, imprescindible en este ámbito de la aplicación de la penalidad, que permita adecuar la responsabilidad criminal a la gravedad del hecho y a la personalidad del delincuente. Y a la vez, esta remodelación del llamado periodo de seguridad, trata de coherencia con la finalidad constitucional primordial de la pena, la resocialización, sin que ello comporte un detrimento en la persecución por el Estado de otros fines legítimos de la misma.

La Exposición de Motivos del Anteproyecto de reforma del Código Penal del año 2009 sobre el art. 36 CP afirma que *“cuando la pena de privación de libertad impuesta por los delitos del Título VIII del Código penal sea superior a cinco años, la clasificación en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá realizarse en ningún caso antes del cumplimiento de la mitad de la condena”*, eliminándose de esa forma la posibilidad de que los condenados que cuenten con un pronóstico positivo de reinserción social adelanten el momento de la obtención del tercer grado. Se equiparan así, tal y como señala la Exposición de Motivos, la situación de los delincuentes sexuales a la de los terroristas y miembros de organizaciones criminales.

De modo que, por lo que aquí interesa, también se ve modificado el denominado periodo de seguridad, introducido por la LO 7/2003, a los condenados a pena de prisión superior a cinco años, que implica que en determinados delitos de cierta gravedad el condenado no podrá acceder al tercer grado de tratamiento penitenciario en tanto no haya cumplido la mitad de la pena impuesta. Así, en la redacción de la LO 7/2003, se excepcionaba que el JVP podía acordar, cumpliéndose unos requisitos, el régimen general de cumplimiento, salvo que se tratase de delitos de terrorismo o los delitos cometidos en el

seno de una organización criminal. Esa previsión se extiende ahora también al grupo de delitos que podemos denominar sexuales cuando la víctima sea menor de trece años (art. 183 del Anteproyecto y delitos del Capítulo V del Título VIII).

Con este impedimento al JVP no tiene la posibilidad de excepcionar el periodo de seguridad en determinados delitos relacionados con la libertad sexual (además de los de terrorismo y delincuencia organizada ya previstos en la LO 7/2003), el prelegislador evidencia que está dejando de creer en el principio constitucional de reinserción⁷⁵⁷. Ni que decir tiene la influencia que los acontecimientos ocurridos en los últimos tiempos, y las peticiones sociales han tenido que ver con esta reforma.

Finalmente la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en su preámbulo dice, entre otras cosas, que la evolución social de un sistema democrático avanzado como el que configura la Constitución española determina que el ordenamiento jurídico esté sometido a un proceso constante de revisión y que en este contexto, la presente reforma se enmarca en la confluencia de varias coordenadas que explican tanto su relativa extensión como la variedad de cuestiones que en ella se abordan.

Según la Exposición de Motivos de esta ley, por un lado, España tiene contraídas obligaciones internacionales, especialmente en el ámbito de la armonización jurídica europea, que exigen adaptaciones –a veces de considerable calado– de nuestras normas penales. Por otro, la experiencia aplicativa del Código ha ido poniendo en evidencia algunas carencias o desviaciones que es preciso tratar de corregir. Y, en fin, la cambiante realidad social determina el surgimiento de nuevas cuestiones que han de ser abordadas. Sin olvidar que los

⁷⁵⁷ En este sentido, GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, P., “Tratamiento penal de la delincuencia grave habitual”, *Diario La Ley* N° 7094, 16 de enero de 2009, pág. 7, quien aboga por una apuesta por los programas de rehabilitación de delincuentes sexuales especialmente contemplados en el art. 116.4 Reglamento Penitenciario

numerosos y en ocasiones acelerados cambios introducidos en la arquitectura original del texto de 1995 han producido algunos efectos de distorsión o incongruencia necesitados de corrección.

Esta Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en su preámbulo apartado III dice que de conformidad con los principios que orientan la reforma, se procede a la modificación del art. 36 CP. De esta forma, para los casos de penas privativas de libertad superiores a cinco años, la exigencia de cumplimiento de al menos la mitad de la condena antes de poder obtener la clasificación en tercer grado se establece en el caso de delitos cometidos contra la libertad e indemnidad sexual de menores de trece años, delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo, así como los delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal. Esta modificación, que se estima conveniente para estos grupos de delitos de extrema gravedad, se considera por el contrario innecesaria como régimen general respecto de todos los delitos sancionados con penas de prisión superiores a cinco años. Por esta razón se elimina el automatismo hasta ahora vigente, introduciendo un mecanismo más flexible que permita a los jueces y tribunales adecuar la responsabilidad criminal a la gravedad del hecho y a la personalidad del delincuente. Así, la remodelación del llamado periodo de seguridad garantiza la primordial finalidad constitucional de la pena, la resocialización (esto no se cumple en todos los delitos como estamos viendo), sin que por otra parte ello comporte detrimento alguno en la persecución por el Estado de otros fines legítimos de la misma. Con esta reforma se modifica el apartado 2 del art. 36, que queda redactado así:

“Cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, el Juez o Tribunal podrá ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta.

En cualquier caso, cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años y se trate de los delitos enumerados a continuación, la clasificación del

condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la misma:

a) Delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código.

b) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.

c) Delitos del artículo 183.

d) Delitos del Capítulo V del Título VIII del Libro II de este Código, cuando la víctima sea menor de trece años.

El Juez de Vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del *régimen general de cumplimiento*⁷⁵⁸, salvo en los supuestos contenidos en el párrafo anterior.”

Esta reforma viene a mejorar la redacción del art. 36.2 CP⁷⁵⁹ respecto a casi todos los delitos, pero para los casos de penas privativas de libertad superiores a cinco años, la exigencia de cumplimiento de al menos la mitad de la condena antes de poder obtener la clasificación en tercer grado se establece para los delitos cometidos contra la libertad e indemnidad sexual de menores de trece años (delincuencia por tendencia), para los delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo, así como para los delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal (delincuencia por convicción).

⁷⁵⁸ La expresión *régimen general de cumplimiento* es la primera vez que se utiliza por el legislador en el ámbito penal y penitenciario. RODRÍGUEZ ALONSO, A. y RODRÍGUEZ AVILÉS, J. A., *Lecciones...*, *op. cit.*, pág. XXXIII

⁷⁵⁹ MIR PUIG, C., *Derecho penitenciario...*, *op. cit.*, pág. 79

La reforma efectuada por la Ley 5/2010 ratifica la permanencia del periodo de seguridad, pese haber sido solicitada su supresión por gran número de expertos en Derecho Penal y Penitenciario. Al menos el legislador parece haber tenido en cuenta algunas de las críticas efectuadas al periodo de seguridad y ha tratado de flexibilizar su aplicación, pero por otro lado, aumenta el número de delitos a los que es obligatorio la aplicación del mismo (en la línea del Código Penal francés que distingue entre el periodo de seguridad obligatorio y el facultativo, este último aplicado discrecionalmente por el Tribunal o Juez sentenciador)⁷⁶⁰ el legislador ha revocado el carácter imperativo y automático que anteriormente tenía el mismo cuando la pena es superior a cinco años al considerarlo innecesario como régimen general para los delitos sancionados con penas superiores a cinco años⁷⁶¹, pero ahora será el Juez o Tribunal sentenciador quien debe acordar según su arbitrio⁷⁶² y discrecionalidad⁷⁶³ en sentencia, aunque el Código Penal no dice nada al respecto⁷⁶⁴, la imposición del periodo de seguridad. Según **Fernández Arévalo** y **Nistal Burón** el art.36.2 CP no exige que el pronunciamiento se establezca en sentencia, lo que suscita la cuestión de si el pronunciamiento puede contenerse además de en la sentencia en un momento posterior; por ejemplo, en un auto complementario o posterior a la sentencia, antes de dar inicio a la ejecución, o con posterioridad,

⁷⁶⁰ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., Y ALARCON NAVÍO, E., *op. cit.*, Granada, 2000.

⁷⁶¹ RODRÍGUEZ ALONSO, A. Y RODRÍGUEZ AVILÉS, J. A., *Lecciones...*, *op. cit.*, pág. XXXII

⁷⁶² MARCOS MADRUGA, F., “Las modificaciones en el régimen jurídico de las penas y medidas de seguridad a la luz de la reforma del Código Penal: aspecto penitenciarios”, *Diario La Ley*. Nº 7576, 24 de Mayo de 2011, pág. 1

⁷⁶³ FUENTES OSORIO, J.L., “Sistema de clasificación penitenciaria y el periodo de seguridad del art. 36.2 CP”, *Revista de para el análisis del derecho.*, www.indret.com, Barcelona, Enero 2011, pág. 12, consultada 2-2-2012

⁷⁶⁴ MONTERO HERNÁNDEZ, T., “El periodo de seguridad...”, *op. cit.*, pág. 3

decantándose por la primera solución, como consecuencia obligada que las penas impuestas con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 5/2010 se excluían del régimen especial de cumplimiento en que se traduce el llamado periodo de seguridad⁷⁶⁵.

Lo destacable y criticable es que en el art. 36.2 CP no se indique ningún parámetro que guíe al órgano sentenciador en la adopción de la decisión de imponer el periodo de seguridad, como podría ser la gravedad del hecho y la peligrosidad criminal del delincuente, aunque es obvio, que tal decisión debe ser razonada en la sentencia⁷⁶⁶. Por tanto, debe jugar un papel relevante la peligrosidad criminal del reo, a imagen del modelo de régimen especial del art.78 CP, pero además pueden considerarse factores tales como la especial índole de la tipología delictiva, y las circunstancias personales del reo⁷⁶⁷, es decir, la personalidad del delincuente⁷⁶⁸.

Por tanto, se introduce un límite al ordenamiento penitenciario a favor del penal, es decir mayor control sobre la Administración Penitenciaria⁷⁶⁹ o lo que es lo mismo, un retorno al control judicial del cumplimiento de la pena en el caso de penas graves para “*hacer ejecutarlo juzgado*”. Se trata de introducir mediante el periodo de seguridad un punto de conexión entre la voluntad del Juzgado o Tribunal sentenciador expresada en la pena impuesta y el efectivo cumplimiento de la

⁷⁶⁵ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., *Manual...*, *op. cit.*, pág. 364

⁷⁶⁶ GONZÁLEZ TASCÓN, M., “El periodo de seguridad” en la obra colectiva *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. Dirigida por ÁLAVAREZ, GARCÍA, F. J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., Valencia. 2010, pág. 93

⁷⁶⁷ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., *Manual...*, *op. cit.*, pág.364

⁷⁶⁸ RODRÍGUEZ ALONSO, A. y RODRÍGUEZ AVILÉS, J. A., *Lecciones...*, *op. cit.*, pág. XXXII

⁷⁶⁹ FUENTES OSORIO, J. L., “Sistema de clasificación y...”, *op. cit.*, pág. 14

misma, tratando de que, en el caso de penas graves, una parte de ésta se cumplida en todo caso en régimen ordinario. El objetivo es claro: el periodo de seguridad queda configurado como una *nueva forma de individualización judicial de la pena...*, pues la consecuencia directa de la cantidad impuesta será que le sea de aplicación o no, el periodo de seguridad⁷⁷⁰. Esta nueva individualización judicial dará lugar a una posterior individualización penitenciaria, para valorar si al penado se le puede o no levantar el periodo de seguridad. El principio de proporcionalidad, principio básico del derecho penal, que si ha de estar presente en todo proceso de individualización de la pena, tanto en la fase legislativa como en la fase judicial, con más razón va a estar presente en la fase ejecutiva que le corresponde a la Administración penitenciaria, bajo el control del poder judicial, porque esta última es la más trascendental, en cuanto se determina la *duración efectiva* de la condena impuesta, pudiendo existir una considerable diferencia entre la “condena nominal” fruto de la individualización judicial y la “condena real” fruto de la individualización penitenciaria⁷⁷¹.

Está claro, como ya ocurrió con la LO 7/2003, que detrás de esta reforma hay un interés político-criminal de endurecimiento punitivo de las penas (efecto retributivo⁷⁷²) y de suprimir competencias propias de la Administración Penitenciaria y a los Jueces de Vigilancia facultades para potenciar un mayor control por parte del Juez o Tribunal sentenciador, que ahora puede decidir la aplicación del periodo de seguridad, que si bien posteriormente puede ser levantado por el JVP supondrá un mayor tiempo del penado en régimen ordinario hasta que se emitan los correspondientes informes

⁷⁷⁰ MOLINA GIMENO, F., “El periodo de seguridad; individualización judicial versus individualización penitenciaria en la ejecución de las penas graves”, *Diario La Ley*. N° 6966, Sección Doctrina, 12/6/2008. pág. 4

⁷⁷¹ NISTAL BURÓN, J., “El cumplimiento de las condenas no susceptibles de acumulación jurídica. Problemática y soluciones posibles”, *Diario La Ley* N° 6964, Sección Doctrina, 10/6/2008, pág. 12-13

⁷⁷² RODRÍGUEZ ALONSO, A. y RODRÍGUEZ AVILÉS, J. A., *Lecciones...*, *op. cit.*, pág. XXXIII

elaborados por la Junta de Tratamiento del centro penitenciario y el JVP apruebe la aplicación del régimen general de cumplimiento.

Como hemos dicho, el periodo de seguridad se extiende de forma imperativa, irrenunciable y sin posibilidad alguna de elusión⁷⁷³ de los delitos ya recogidos en la Ley 7/2003 (delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas, delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, y de los delitos cometidos en el seno de organización o grupo criminal) a nuevos delitos (abusos y agresión sexual a menores de trece años, prostitución y corrupción de menores cuan la víctima sea menor de trece años). Esta ampliación a nuevos delitos parece responder a la repulsa que manifiesta la sociedad ante los delitos contra la libertad sexual, y especialmente cuando las víctimas son menores (caso Marí Luz, Marta del Castillo, etc.). Lo que no cabe es desde todo punto cuestionable.

La reforma sigue manteniendo el criterio de permitir que una vez acordado el periodo de seguridad (ahora por el juez o tribunal sentenciador), se pueda aplicar el régimen general de cumplimiento⁷⁷⁴, salvo en los delitos indicados en el art. 36.2, III), si lo aprueba el JVP⁷⁷⁵ razonadamente, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social⁷⁷⁶ emitido por la Junta de Tratamiento del respectivo centro penitenciario⁷⁷⁷ y una vez oído el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes.

⁷⁷³ MARCOS MADRUGA, F., “Las modificaciones...”, *op. cit.*, pág. 1

⁷⁷⁴ FUENTES OSORIO, J. L., “Sistema de clasificación y...”, *op. cit.*, pág. 13

⁷⁷⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Coordinador), ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., FERNÁNDEZ GARCÍA, J., PÉREZ CEPEDA, A. I., SANZ MULAS, N., *Lecciones...*, *op. cit.*, pág. 165

⁷⁷⁶ MONTERO HERNÁNDEZ, T., *op. cit.*, pág. 3

⁷⁷⁷ FUENTES OSORIO, J. L., “Sistema de clasificación y...”, *op. cit.*, pág. 15

La LO 5/2010 modifica el contenido del periodo de seguridad contemplado en el art. 36.2 del CP y podemos diferenciar dos situaciones claramente identificadas:

A) La primera es que el periodo de seguridad ha dejado de ser preceptivo⁷⁷⁸ y ha pasado ser potestativo⁷⁷⁹, se aplicará para todas las penas superiores a cinco años de prisión, pero sólo cuando así lo determine el Juez o Tribunal en la sentencia, aunque el Código Penal no lo especifica, se entiende que es este el órgano judicial que ha de plasmar la decisión en sentencia⁷⁸⁰. Indudablemente supone un avance muy positivo. Como bien afirma **González Tascón**⁷⁸¹ el legislador ha tomado conciencia de que la generalización del periodo de seguridad sobre la gravedad de la pena exclusivamente, dista mucho de la orientación constitucional de las penas privativas de libertad a la reinserción social de los condenados, sin mencionar la sobrecarga del sistema con trámites inútiles. Se deja, por tanto, al arbitrio del Juez de sentencia, quién lo determinará en función de criterios generales de la individualización judicial, como pueden ser las circunstancias del hecho y las personales del autor, aunque se echa en falta la previsión en el art. 36.2 de algún parámetro orientativo que guíe al Juez Tribunal sentenciador a la hora de determinar o no el cumplimiento del periodo de seguridad para el caso concreto.

B) La segunda es la ampliación de los tipos tasados (recogidos en los apartados a, b, c y d del art. 36.2 del CP) para los que es obligatorio, sin excepción, el cumplimiento del periodo de seguridad y que al de los delitos de terrorismo y los cometidos en el seno de una organización criminal se unen los delitos del art. 183 CP (abusos y agresiones sexuales a menores

⁷⁷⁸ MARTÍNEZ PERZA, C., “La reforma del Código Penal de 2010”, *Federación Enlace*, 2011, pág. 18

⁷⁷⁹ RODRÍGUEZ ALONSO, A. y RODRÍGUEZ AVILÉS, J. A., *Lecciones...*, *op. cit.*, pág. XXXIII

⁷⁸⁰ JUANATEY DORADO, C., *Manual...*, *op. cit.*, pág. 127

⁷⁸¹ GONZÁLEZ TASCÓN, M., “El periodo de seguridad (art. 36)”. En *Comentarios a la reforma penal de 2010*, pág. 93

de trece años) y los delitos del Capítulo V del Título VIII del Libro II del CP (delitos relativos a la prostitución y a la corrupción de menores) cuando la víctima sea menor de trece años.

Por tanto, podemos afirmar que siguen existiendo dos regímenes de cumplimiento de penas en atención al delito cometido, el general en el cual el penado no tiene aplicado el periodo de seguridad porque en su día no se le impuso o se le ha levantado, y el especial (opuesto al principio resocializador⁷⁸² de las penas), que es impuesto por imperativo legal a los delitos que determina el art. 36.2 CP, y por tanto no se podrá acordar su clasificación en tercer grado hasta el cumplimiento de la mitad de la pena⁷⁸³.

Con la inclusión de otros dos tipos delictivos por los que no cabe, en ningún caso, la excepción o levantamiento del periodo de seguridad en el art. 36.2 CP, nos reafirmamos en las críticas llevadas a cabo por la mayoría de la doctrina penal por las que el legislador, influenciado por la presión mediática y la alarma social de determinados delitos, amplía más los supuestos en los que se aplican las normas del *derecho penal del enemigo* y menos las del *derecho penal del ciudadano*. Estas excepciones, además pueden atentar contra el principio de igualdad y de reinserción social, para evitar esta situación debería ser facultativa también la decisión del Juez o Tribunal sentenciador de imponer el periodo de seguridad y la decisión debería depender del pronóstico de reinserción social⁷⁸⁴. Habiéndose dado entrada al arbitrio judicial salvo en los delitos indicados, el legislador debería haberse decantado por la eliminación de este párrafo segundo⁷⁸⁵ haciendo desaparecer el periodo de seguridad imperativo.

⁷⁸² FUENTES OSORIO, J. L., “Sistema de clasificación y...”, *op. cit.*, pág. 2

⁷⁸³ MIR PUIG, C., *Derecho penitenciario...*, *op. cit.*, pág. 79

⁷⁸⁴ JUANATEY DORADO, C., *Manual...*, *op. cit.* pág. 128

⁷⁸⁵ MARTÍNEZ PERZA, C., “La reforma del Código Penal de 2010”, *Federación Enlace*, 2011, pág. 18

Así pues, con la nueva reforma la decisión de imponer el periodo de seguridad, salvo en los delitos indicados en el art. 36.2 CP, ya no es preceptiva sino que deberá tomarla el Juez o Tribunal sentenciador en atención a las circunstancias del caso, lo que resulta más coherente con el principio de reinserción social⁷⁸⁶. Compartimos este criterio de que es necesario valorar a la hora de su posible aplicación las circunstancias personales, sociales y penales del condenado. Pero aún así, nosotros seguimos pensando que el sistema de individualización científica separado en grados permite, teniendo en cuenta las variables que se utilizan para la clasificación penitenciaria, controlar la peligrosidad del penado y por tanto su pronóstico de probabilidad de reincidencia en el futuro. Con estos datos se puede evitar que la persona que no tiene capacidad para vivir en un régimen de semilibertad pueda acceder al mismo durante el cumplimiento de la pena⁷⁸⁷⁷⁸⁸. Por otro lado, hemos de recordar que el cumplimiento de la mitad de la pena en los supuestos de que la pena fuese superior a cinco años de prisión para acceder al tercer grado penitenciario es puramente *retribucionista*, carente de respaldo a la hora del respeto constitucional de la reinserción social (art. 25.2 CE) que debe primar las penas privativas de libertad.

Como bien destaca **Quintero Olivares** todo ello no significa que en el proceso de clasificación no haya de atender, entre otras muchas variables, a la gravedad de la pena impuesta, como de hecho se hace, pero no condicionar por completo una clasificación cuyo objetivo no es otro que el servir de marco para la planificación del programa de tratamiento, así como la determinación del establecimiento de destino, y la sección o departamento cuyo régimen de vida resulte más apropiado para

⁷⁸⁶ JUANATEY DORADO, C., *Manual...*, *op. cit.* pág. 94

⁷⁸⁷ GONZÁLEZ TASCÓN, M., *op. cit.*, pág. 94

aquel⁷⁸⁹. Para la clasificación en tercer grado la duración de la condena y la parte pendiente de cumplimiento han sido siempre factores secundarios, y sólo tras modificación del art. 36 CP por la LO 7/2003, se ha establecido un periodo de seguridad que puede frenar el acceso al tercer grado, como consecuencia de ello al régimen abierto, y, por tanto, a la reinserción establecida en el art. 25.2 CE.

El periodo de seguridad es una discutible restricción a los derechos del condenado a obtener un beneficio tan esencial como la progresión al régimen abierto, básico desde la perspectiva del principio de prevención especial manifestado a través de la resocialización y reeducación, que constituye la finalidad esencial de las penas privativas de libertad (art. 25.5 CE)⁷⁹⁰. Por el contrario, el fundamento de este periodo de seguridad se encuentra en la prevención general.

Como ya hemos visto, antes de la LO 7/2003, de 30 de junio, podían ser clasificados en tercer grado los penados, que por sus circunstancias personales y penitenciarias estaban capacitados para vivir en semilibertad (art. 102.3 RP) puesto que el art. 72.4 LOGP establece que: "*En ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión*". Por su parte el art. 72.3 dispone que siempre que de la observación y clasificación correspondiente de un interno resulte en condiciones para ello, *podrá ser clasificado inicialmente el grado superior*, salvo el de libertad condicional sin pasar necesariamente por los anteriores. Por tanto, se podía clasificar en tercer grado a cualquier penado que reunía los requisitos para vivir en régimen abierto sin haber cumplido ningún plazo mínimo de condena. Tras LO 7/2003, de 30 de junio, se producen una serie de *contradicciones* entre la normativa penal y penitenciaria⁷⁹¹, es decir, entre los artículos citados de la

⁷⁸⁹ QUINTERO OLIVARES, G., Comentarios a nuevo Código Penal", Madrid, 2005.

⁷⁹⁰ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. y ORTS BERENGUER, E., *op. cit.*, pág. 402

⁷⁹¹ RENART GARCÍA, F., *La libertad condicional...*, *ob. cit.*, pág.88.

LOGP y el reformado art. 36.2 CP, que establece que para acceder al tercer grado es necesario haber cumplido el denominado *período de seguridad* (la mitad de la pena cuando ésta sea superior a cinco años). Estas contradicciones siguen existiendo tras la reforma de la LO 5/2010, por lo cual, estimamos que sigue siendo necesaria la reforma del art. 72 LOGP en relación con el art. 36.2 CP.

En otro orden de cosas, el mantenimiento del periodo de seguridad sigue suponiendo una grave contradicción con otros preceptos de la propia LOGP y el RP, así, en el art. 72.4 de la ley se establece que: “*en ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor de su progresión*”, lo que parece priorizar la valoración de las características personales del sujeto, por delante del delito cometido o la duración de la pena impuesta⁷⁹². El art. 105.1 RP prescribe la obligación reglamentaria de revisar cada seis meses dicha clasificación. En estos casos, esa revisión resultará inútil si se encuentra clasificado en segundo grado y no ha cumplido aún la mitad de la condena para su clasificación en tercero⁷⁹³. Por tanto, el periodo de seguridad rompe el modelo diseñado en la LOGP, que era totalmente flexible y estaba presidido por la idea de no mantener a un interno en un grado inferior al que merece, haciendo posible el paso inmediato al tercer grado⁷⁹⁴. Todo ello condiciona gravemente también la planificación del programa de tratamiento y todas las demás previsiones encaminadas a la resocialización de los penados. Por lo que seguimos considerando conveniente la supresión del periodo de seguridad, y en caso de que se mantenga debería incluirse en la LOGP y reformarse los apartados tercero y cuarto del art. 72 de la citada ley.

⁷⁹² GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios...*, *op. cit.*, pág. 179

⁷⁹³ GARCÍA ALBERO, R. y TAMARIT SUMALLA, J.M^a., *La Reforma...*, *op. cit.*, pág. 48

⁷⁹⁴ FARALDO CABANA, P., “Un derecho penal de enemigos...”, *op. cit.*, pág. 321

Si bien algunos autores manifiestan que con esta remodelación del periodo de seguridad se garantiza la primordial finalidad constitucional de la pena, la resocialización, sin que por otra parte ello comporte detrimento alguno en la persecución por el Estado de otros fines legítimos de la misma⁷⁹⁵, como ya hemos dicho, sería deseable que el legislador hubiera optado por la total supresión del periodo de seguridad, regresando al régimen anterior a la reforma de la LO 7/2003 pues es difícil mantener la coherencia del sistema de individualización científica que determina una exigencia de flexibilidad del régimen de cumplimiento en prisión, que permita en cada momento la adopción de las decisiones de tratamiento más adecuadas a la situación personal del penado, y el cumplimiento del mandato contenido en la legislación penitenciaria de no mantener al penado en un grado inferior cuando la evolución de su tratamiento le haga merecedor de su progresión.

Con la reforma de la LO 5/2010 debería haberse optado por la posibilidad de retorno al régimen general de cumplimiento por decisión del JVP en todos los supuestos, sin los límites que se han establecidos para los delitos indicados en el art. 36.2 CP. Por otro lado, la imposibilidad de regresar al régimen general en estos casos representa el mantenimiento de una incongruencia con el sistema de individualización científica recogido en la LOGP y una preponderancia de los fines inculpativos y preventivo generales durante ese tiempo. Ello vuelve a plantear la posible inconstitucionalidad de la medida pudiéndose atentar contra el principio de igualdad del art. 14 CE, al no tener en cuenta en ningún momento durante este periodo la evolución del sujeto para volver al régimen general. En los cuatro grupos de delitos señalados en el art. 36.2 CP se sustituye por completo el modelo de individualización científica por el progresivo⁷⁹⁶. Por las razones expuestas habría sido

⁷⁹⁵ RODRÍGUEZ ALONSO, A. Y RODRÍGUEZ AVILÉS, J. A., *Lecciones...*, *op. cit.*, pág. XXXII

⁷⁹⁶ FUENTES OSORIO, J.L., “Sistema de clasificación y...” *op. cit.* pág. 13

necesario haber permitido la vuelta al sistema general en todos los casos⁷⁹⁷.

Para finalizar hemos de apuntar que esta dificultad que supone el periodo de seguridad conduce a que en algunos casos la Administración Penitenciaria o los propios Jueces de Vigilancia prefieran acudir a la figura del principio de flexibilidad del art. 100.2 RP. Con esta solución intermedia siempre se puede esgrimir que, realmente, no se ha concedido el tercer grado⁷⁹⁸, pero sí que con ello se puede aplicar un régimen de vida de semilibertad, como ya hemos visto anteriormente. La conclusión es que el periodo de seguridad no ha aportado nada positivo a nuestro sistema penal sino, muy al contrario, ha conducido a un alejamiento de la finalidad resocializadora⁷⁹⁹.

Con la nueva regulación del periodo de seguridad, fruto de la reforma aprobada por LO 5/2010, la Administración Penitenciaria elaboró la Inst. 7/2010, de 14 de diciembre, de la Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto (entró en vigor el mismo día que la LO 5/2010, es decir el 23 de diciembre de 2010), que modificó la Instrucción 2/2005 antes aludida.

Se deja claro en esta nueva Instrucción que “la existencia del periodo de seguridad deja de ser imperativa en todo caso y pasa a ser sólo de aplicación cuando el testimonio de sentencia así lo recoja o bien se trate de alguno de los delitos enumerados en los apartados a), b), c) y d) de dicho artículo” (se refiere al 36.2 del CP).

En lo relativo a las penas a aplicar el periodo de seguridad sigue el mismo criterio que la Instrucción 2/2005 y el del Auto de la Sección 5ª de la AP de Madrid de 6 de mayo de 2004 y

⁷⁹⁷ BACH FABREGÓ, R. y GIMENO CUBERO, M. A., *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, 2010, pág. 86

⁷⁹⁸ FUENTES OSORIO, J.L., “Sistema de clasificación y...”, *op. cit.*, pág. 16. Esta situación ya ocurrido con varios terroristas, como el caso de Juana Chaos.

⁷⁹⁹ MARTÍNEZ PERZA, C, *La reforma...*, *op. cit.*, pág. 18

STS 748/2006, ya referidos y un aspecto muy importante y positivo es la referencia que se hace en la Instrucción a las *condenas anteriores y retroactividad*, estableciendo que “para aquellos supuestos de sentencias dictadas con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo artículo 36.2 del CP, y por aplicación de la norma penal más favorable conforme a la Disposición Transitoria primera del mismo texto legal, se estará a la nueva redacción y por tanto *no haber cumplido la mitad de la condena no podrá ser obstáculo para la clasificación en tercer grado de aquellos internos con penas superiores a cinco años*, excepto en los supuestos de los delitos enumerados en los apartados a), b), c) y d) de dicho artículo, que quedan sometidos al cumplimiento del periodo de seguridad, en todo caso”.

La Inst. 7/2010 establece también los criterios concretos por los que la Junta de Tratamiento de los centros penitenciarios pueden recoger en su informe y proponer al JVP el levantamiento del periodo de seguridad⁸⁰⁰, es decir, excepcionar la regla general de la no clasificación en el tercer grado cuando el penado tenga una pena superior a los cinco años, no haya cumplido aún la mitad de su condena y exista un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social⁸⁰¹, salvo, como es lógico, en los casos tasados de cumplimiento obligatorio del periodo de seguridad, recogidos en los apartados a, b, c y d del art. 36.2 del CP.

⁸⁰⁰ MIR PUIG, C., *Derecho penitenciario...*, *op. cit.*, pág. 79

⁸⁰¹ Establece la Instrucción 7/2010 que “el informe específico sobre el pronóstico individualizado y favorable de reinserción social del interno, con valoración de sus circunstancias personales y la evolución del tratamiento reeducador, podrá tomar en consideración: 1.- Asunción o no del delito: reconocimiento y valoración por el interno del significado de su conducta recogida en los hechos probados. 2.- Actitud de respeto a la víctima o víctimas: compromiso firmado de arrepentimiento y asunción o reparación de las consecuencias derivadas del delito. 3.- Conducta efectiva llevada a cabo en libertad, en su caso, entre la comisión del delito y el ingreso en prisión, y pruebas que lo avalen. 4.- Participación en programas específicos de tratamiento tendentes a abordar las carencias o problemas concretos que presente y que guarden relación con la actividad delictiva, así como la evolución demostrada en ellos.

Por otra parte, existen también abundantes resoluciones de Juzgados de Vigilancia⁸⁰² sobre cuáles deben ser los criterios a tener en cuenta a la hora de levantar o alzar el periodo de seguridad. En este supuesto el JVP no actúa, como es lo ordinario en tema de clasificación penitenciaria, vía recurso, sino que puede intervenir activamente en ponderar los casos particulares en los que quepa aplicar el régimen general de cumplimiento, porque puede hablarse de un control previo de

⁸⁰² Jurisprudencia Penitenciaria. 2006. Dirección General de Instituciones Penitenciarias. Págs. 53 y 54. Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Burgos de 26-07-06. En este supuesto se valoran los factores concurrentes del interno de “perfil prosocial, fuerte efecto intimidatorio de la pena, positiva participación en actividades de tratamiento, significada problemática familiar marcada por la enfermedad de su hijo y las dificultades conexas a la falta de recursos económicos que conlleva la situación de internamiento en prisión del cabeza de familia, buena conducta penitenciaria, correcto desempeño de destinos y trabajo en talleres productivos, no concurrencia de toxicomanía ni asunción de códigos de conducta marginal-delincuencial procede, pese al informe desfavorable el Ministerio Fiscal, el levantamiento del periodo de seguridad y la aplicación del Régimen General de cumplimiento para la clasificación en tercer grado, al quedar constatada una evolución conductual favorable a los efectos de la aplicación del precepto legal invocado y pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, que resulta desvirtuada por el informe contrario del Jurista”. También en Jurisprudencia Penitenciaria. 2007. Dirección General de Instituciones Penitenciarias. Págs. 100-101. Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Pamplona de 31-07-07. En este caso concreto se tiene en cuenta que “el penado ha tenido una evolución y comportamiento francamente muy positivos, lleva disfrutando un número de permisos apreciable, siempre con resultados satisfactorios, ha participado en numerosas actividades: taller de pintura, animación a la lectura, educación secundaria, forma parte del equipo de fútbol, desempeña el puesto de auxiliar de economato, ha participado en actividades programadas como la del Camino de Santiago, teniendo, resumidamente, un comportamiento y evolución muy positivos, además de colaborador con funcionarios y demás personal del centro... A la vista de todo ello y que, como se ha apuntado, se tiene constancia de tal evolución positiva y el pronóstico favorable que cabe justificadamente conjeturar, todo aconseja, efectivamente, atender a lo instad. Se acuerda el alzamiento del denominado periodo de seguridad a que se refiere el artículo 36.2 del CP para el expediente del penado, siéndole de aplicación el Régimen General de cumplimiento”.

jurisdiccionalidad, y no de un control posterior de jurisdiccionalidad⁸⁰³.

Por su parte la Administración penitenciaria de Catalunya, que tiene competencias en esta materia, ha elaborado la Circular 4/2010, de 23 de diciembre de 2010, que también regula, entre otras materia, el periodo de seguridad. La regulación del periodo de seguridad es similar a la Inst. 7/2010, si bien presenta alguna diferencia, puesto que en la Circular 4/2010 se establece que si los condenados por los delitos contra la libertad e indemnidad sexual lo fueron por hechos anteriores a la LO 5/2010, y que en el momento de la entrada en vigor de la norma no se encontraban clasificados en tercer grado ni se encontraban en condiciones de obtenerlo según el régimen legal anterior a la modificación, de acuerdo con el criterio contenido en el informe del CGPJ en relación con el Anteproyecto de la ley orgánica de medidas para la reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, de 4 de febrero de 2003, es necesario solicitar al JVP la aplicación del régimen general de cumplimiento, si los profesionales del ámbito del tratamiento de los centros penitenciarios lo consideran, de acuerdo con el principio de individualización científica, que son merecedores de ser clasificados en el tercer grado. Por el contrario, la Inst. 7/2010, excluye esta posibilidad para los condenados por delitos cometidos con anterioridad a la vigencia de la LO 5/2010, determinando que quedan sometidos al cumplimiento del periodo de seguridad, en todo caso. Nosotros entendemos que el criterio de la Administración de Catalunya es el más adecuado ya que el otro cocha contra el principio de irretroactividad de las leyes penales desfavorables. Por otra parte, la Circular 4/2010 recoge los supuestos en los que deben entenderse que los delitos son cometidos en el seno de una organización delictiva o grupo criminal y los supuestos de de organización o grupo terrorista, estableciendo que las indicadas tipologías delictivas deben estar recogidas en el testimonio de sentencia, cosa que no hace la Inst. 7/2010.

⁸⁰³ MIR PUIG, C., *Derecho penitenciario...*, op. cit., pág. 80

Respecto a la entrada en vigor de la LO 5/2010, en la Reunión de Jueces de Vigilancia del año 2011 se acordó: “Por aplicación del principio de la ley penal más favorable, las condenas de más de cinco años por hechos anteriores a la entrada en vigor de la LO 5/2010, excluidas las tipologías recogidas en la nueva redacción del precepto, se considera que no tienen periodo de seguridad, por falta de pronunciamiento expreso al respecto. En las condenas de más cinco años por hechos anteriores a la entrada en vigor de la LO 5/2010 en las tipologías específicas recogidas en la nueva redacción, cabe exoneración del periodo de seguridad”.

Para finalizar este apartado consideramos oportuno hacer mención al Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal presentado por el Ministro de Justicia, Alberto Ruiz-Gallardón Jiménez en julio de 2012 se basa, según consta en la Exposición de Motivos del anteproyecto, en la necesidad de fortalecer la confianza en la administración de justicia haciendo necesario poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas. Con esta finalidad, se lleva a cabo una profunda *revisión del sistema de penas* que se articula a través de tres elementos:

- la incorporación de la prisión permanente revisable, reservada a los supuestos más graves de delincuencia terrorista;
- el sistema de medidas de seguridad, con ampliación del ámbito de aplicación de la libertad vigilada, e introducción de la regulación de la custodia de seguridad, como medida de seguridad privativa de libertad que puede ser impuesta, en supuestos excepcionales, a delincuentes reincidentes peligrosos;
- la revisión de la regulación del delito continuado.

En este anteproyecto se modifica la regulación de la suspensión y de la sustitución de las penas privativas de libertad, e introduce un nuevo sistema caracterizado por la existencia de

un único régimen de suspensión que ofrece diversas alternativas. De este modo se pondrá fin a la situación actual, en la que habitualmente los Jueces y Tribunales penales se ven obligados a resolver de forma repetida sobre la procedencia de la suspensión o sustitución.

Por lo que se refiere al periodo de seguridad se introduce un nuevo apartado 3 del art. 36 CP: “En el caso de que hubiera sido impuesta una pena de prisión permanente revisable, la concesión de permisos de salida o la progresión a tercer grado requerirán de la existencia de un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social adoptado por el Juez de Vigilancia Penitenciaria conforme a lo dispuesto en el párrafo último del apartado anterior. *En estos casos, la progresión a tercer grado requerirá que el penado haya extinguido de forma efectiva 32 años de prisión.*” Como podemos ver claramente este tipo de periodo de seguridad es idéntico al actualmente vigente establecido en el art. 78.3 a) para los condenados a una pena máxima de 40 años, que han cumplir 32 años para poder alcanzar el tercer grado.

E. EL TERCER GRADO EN LOS DELITOS GRAVES

La acumulación jurídica de las penas responde a la idea de que la simple suma aritmética supone una agravación progresiva de su contenido aflictivo tras los cumplimientos anteriores. No sería justo que las breves penas de prisión impuestas por delitos menos graves —pequeños hurtos, por ejemplo— mantuvieran al reo privado de libertad durante buena parte de su vida. Los Códigos Penales españoles han establecido por ello, desde el art. 89 del texto de 1870, dos limitaciones. La primera, consiste en que la penalidad resultante no podrá exceder del triplo de la pena mayor entre todas las impuestas. Y la segunda, complementaria de la primera, es la fijación de un tope máximo con carácter general, o de varios, lo que no sería obstáculo, sin embargo, para que en determinados casos se opere

con un límite algo más alto, tal y como sucede actualmente en relación con los delitos de terrorismo.

Por tanto, el legislador ha diseñado un sistema de limitaciones temporales para la imposición de las diversas penas que hayan sido impuestas al mismo penado. Al respecto el art. 76 CP establece dos tipos de limitaciones: un límite relativo, por discutibles razones de política criminal, que es el triple de la pena más grave; y un límite absoluto, fundado en razones humanitarias y de proscripción de tratos o penas inhumanas o degradantes (art. 15 CE), que previene una duración máxima de la pena, pudiendo ser la ordinaria de 20 años, o la extraordinaria de 25, 30 y hasta 40 años para los casos de delitos más graves desde la reforma de la LO 7/2003, de 30 de junio.

Una vez determinada la duración conjunta de las penas acumuladas o refundidas —pues ambas expresiones suelen utilizarse como sinónimas por la jurisprudencia y la doctrina—, la pena resultante se cumple como si fuera una sola. Aquella duración será la tenida en cuenta para el cómputo del cumplimiento previo a la libertad condicional y para la obtención de determinados permisos o beneficios penitenciarios, así como para la posible clasificación en tercer grado a efectos del tratamiento⁸⁰⁴. Por tanto, como veremos, la clasificación en

⁸⁰⁴ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., “Reflexiones sobre el «caso Troitiño», la «doctrina Parot» y los vaivenes jurisprudenciales en materia de terrorismo”. Diario La Ley Nº 7654, 17/6/2011, pág. 1

La *doctrina Parot* es el nombre habitual con el que se conoce la sentencia del Tribunal Supremo_ del 28 de febrero de 2006 (resolución a un recurso presentado por Henri Parot, miembro de la organización terrorista ETA) por la cual la reducción de penas por el trabajo, reguladas en el art. 100 CP de 1973, se aplica respecto de cada una de ellas individualmente y no sobre el máximo legal permitido de permanencia en prisión, que, según el citado código, era de 30 años. Con anterioridad a esta doctrina se permitía que el penado cumpliera *menos de 30 años* puesto que se reducía la condena por la redención de penas por el trabajo. Por tanto, la *doctrina Parot* supone la aplicación de la reducción de la condena por la redención en el trabajo respecto de cada pena individualmente considerada y no sobre el máximo legal permitido de permanencia en prisión que era de 30 años. El resultado final es que los penados a quienes se les aplica esta doctrina cumplen de 30 años de condena. Según NISTAL BURÓN, J. en su artículo *¿Qué es la*

tercer grado en los delitos graves por terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales van a requerir diferentes y más requisitos que los condenados por otras tipologías delictivas.

Para aplicar tales limitaciones se ha de operar con un criterio denominado de conexidad, cuya interpretación por la jurisprudencia siempre se ha hecho con criterios de amplitud y flexibilidad, aunque últimamente dicha jurisprudencia se ha decantado por el denominado criterio cronológico, de modo que los hechos posteriores cometidos tras una sentencia condenatoria definitiva no pueden ser, en modo alguno, objeto de acumulación a otros ya enjuiciados. Se fundamenta tan estricto criterio en razones legales —pues procesalmente nunca podrían haber sido juzgados en un proceso anterior, cerrado por la previa constitución de una relación litigiosa que ha devenido en el dictado de una sentencia—, y en razones de política criminal, pues en otro caso se crearía una verdadera patente de impunidad.

Sin embargo, de no existir esta conexidad, nada impide que la pena impuesta exceda de los límites establecidos legalmente, cosa que sí ocurre en todos aquellos casos en los que las penas se imponen a hechos delictivos cometidos después de una primera sentencia definitiva, lo que convierte a estos casos de facto en auténticas penas de “cadena perpetua”, a pesar de la falta de su previsión expresa en nuestra normativa penal⁸⁰⁵.

denomina “Doctrina Parot”?. Sobre la Sentencia del TS 197/2006, de 28 de febrero. 1/4/2012: La diferencia en la práctica es considerable, de tal forma que antes de la “doctrina parot”, la condena podía quedar reducida a un máximo de 30 años y sobre este límite se aplicaban los beneficios penitenciarios (redención de penas por el trabajo), que en la práctica reducían aún más la condena efectiva de estancia en prisión. Con la “doctrina Parot”, en esos mismos casos, un recluso puede llegar a cumplir hasta 30 años de condena efectiva.

⁸⁰⁵ NISTAL BURÓN, J., “¿Es viable en nuestro ordenamiento jurídico la pena de “cadena perpetua” como solución para determinados tipos de delincuentes difícilmente reinsertables?”. *La Ley Penal* Nº 68. Febrero 201, pág. 3

1. El artículo 78 CP⁸⁰⁶

En nuestro país desde siempre se ha cuestionado el desajuste que se producía entre el pena aritmética y la pena efectivamente cumplida por la aplicación de los límites concursales, teniendo en cuenta además que antes de entrar en vigor el Código Penal de 1995 estos últimos también se veían recortados por la aplicación de la redención de penas por el trabajo. Pero como bien dice **Cervelló Donderis** las críticas a los topes concursales no eran completamente fundadas ya que el sistema español es uno de los más rigurosos del Derecho comparado⁸⁰⁷.

El primer paso hacia la introducción del cumplimiento íntegro de las penas lo da el legislador de 1995, introduciendo en el art. 78 CP la posibilidad de que el juez o tribunal puedan acordar que el cómputo de los beneficios penitenciarios y de la libertad condicional se refiera a la totalidad de la condena en los casos de acumulación de condenas si el cumplimiento efectivo va a ser inferior a la mitad de la suma total de las impuestas y siempre que se entienda que existe peligrosidad del penado. Por tanto el Código Penal de 1995 establece el cumplimiento efectivo, es decir, que determina que se cumpla la pena completa dentro de la cárcel, sin beneficios penitenciarios que la mitiguen o acorten y sin adelantar la excarcelación mediante, la

⁸⁰⁶ ORTS BERENGUER, E., “Comentario a al STS de 28 de febrero de 2006”, *Revista de L’Institut Universitari d’Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV. (ReCrim 2009)*, manifiesta que “La doctrina Parot del Tribunal Supremo (STS de 28 de febrero de 2006), en lo que se asimila a una aplicación retroactiva del art. 78 del CP de 1995. Básicamente esta doctrina da lugar a una prolongación de la estancia en prisión de delincuentes condenados con arreglo al Código penal de 1973 a numerosos años de prisión por la comisión de multitud de delitos muy graves (en principio terroristas, pero luego también doctrina aplicada a delincuentes comunes, como violadores en serie), impidiendo la posibilidad de que puedan gozar de beneficios penitenciarios que pudieran representar acortamientos del tiempo máximo de condena efectiva a cumplir (el tope máximo para tales casos era de treinta años).

⁸⁰⁷ CERVELLÓ DONDERIS, V., “Los nuevos criterios...”, *op. cit.*, págs. 14-15

libertad condicional que puede concederse cuando se han cumplido tres cuartas partes de condena. De esta forma se preveía la posibilidad de que el Tribunal sentenciador señalara, atendiendo a la peligrosidad del sujeto, que los beneficios penitenciarios y el cómputo para disfrutar de libertad condicional se realizasen no sobre la pena acumulada resultante sino sobre el total de las penas, acuerdo que podía luego el JVP modificar en función de la evolución tratamental del penado, y por tanto dejar sin efecto dicha limitación⁸⁰⁸, en atención a las circunstancias personales del penado, su evolución en el tratamiento y el pronóstico de reinserción social⁸⁰⁹.

Este sistema buscaba acercar el cumplimiento real de los penados con varias condenas por delitos graves a los máximos de cumplimiento establecidos en el Código penal permitiendo que, de darse una evolución positiva, pudieran tener acceso a los beneficios penitenciarios y a la libertad condicional⁸¹⁰.

⁸⁰⁸ Sobre este se pronuncia GARCÍA ARÁN, M., *Diario El País*, 30/11/1995: “Existe peligrosidad criminal: cuando pueda pronosticarse en la sentencia que el sujeto cometerá delitos en el futuro, es decir, precisamente cuando se le envía a la cárcel para cumplir una pena que, en teoría, debería reeducarle y evitar esos futuros delitos, se le puede privar a priori de medidas beneficiosas, aún permitiendo la revisión posterior de su situación por el juez de vigilancia penitenciaria. Así, la sentencia puede establecer como regla la imposibilidad de mitigar la pena, dejando a la discrecionalidad del juez de vigilancia la aplicación de beneficios y libertad condicional que pasan a ser la excepción; esto es, lo contrario al sistema anterior, en el que la sentencia permitiría un régimen de acceso a los beneficios igual para todos, aunque denegables, posteriormente, como excepción, según la situación del penado. El problema que subsiste, desde el punto de vista constitucional, es si un pronóstico de futuro como la peligrosidad criminal hace razonable el tratamiento desigual del condenado, ya en la sentencia y sin conocerse todavía cuál va a ser su evolución posterior”.

⁸⁰⁹ RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C., “Las respuestas del Derecho penitenciario ante la delincuencia terrorista, ¿Hacia una prisión perpetua?”, *Revista General de Derecho Penal* Nº 13, 2010, pág. 1

⁸¹⁰ CERVELLÓ DONDERIS, V., “La restricción de beneficios penitenciarios en el Código penal de 1995”, *Cuadernos jurídicos*, Nº 42, 1996.

Lo curioso es que el art. 78 CP en su redacción de 1995 nunca se había aplicado en supuestos de terrorismo antes de la aprobación de la LO 7/2003, de 30 de junio, de cumplimiento íntegro de las penas, y sólo se aplicó una vez hasta el año 2007. Por tanto, obsérvese como se ha endurecido toda una regulación porque la anterior era demasiado blanda, pero el precepto más severo, el 78 CP, nunca se había tomado en consideración desde el año 1996, en el que entró en vigor, y hasta la aprobación de esta LO 7/2003⁸¹¹. Por tanto, sin rodaje suficiente para analizar las consecuencias y efectos de la introducción de esta figura, el legislador opta en 2003 por dar una nueva vuelta de tuerca al sistema de cumplimiento de las penas de los condenados por terrorismo y delincuencia organizada.

La existencia de límites máximos de cumplimiento efectivo de la pena de prisión puede dar lugar a que la pena a cumplir sea muy inferior a la suma total de las impuestas, lo cual ha sido considerado suficiente por el legislador del 2003 para

⁸¹¹ LLOBET ANGL, M., “La ficticia realidad modificada por la Ley de Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas y sus perversas consecuencias”. *Revista para el WWW.Indret*. Com. Análisis del Derecho Indret 1/2007. La búsqueda la he realizado en la base de datos de jurisprudencia Aranzadi, tanto por texto “terrorismo p. 78” como por disposición estudiada, obteniendo el resultado de un pronunciamiento: SAN, Penal, Secc. 4ª, 6.11.2003 (Ar. 261885; MP: Fernando Bermúdez de la Fuente), que aunque de fecha posterior a la entrada en vigor de la LO 7/2003, se aplicó en su anterior redactado puesto que este artículo no tiene efectos retroactivos (véase la disposición transitoria única de la Ley). En este sentido, el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida, Sr. Rejón, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, p. 11.862, puso de relieve que el efecto neto de los anteriores arts. 76 y 78 CP se desconocía, pues éstos no habían hecho más que empezar a andar. Y, como estableció el vocal del CGPJ, Sr. Pantoja García, en el voto particular que formuló al *Informe* del Anteproyecto de la LO 7/2003 elaborado por el CGPJ, p. 1, en el momento de la modificación legislativa se desconocían los efectos de la anterior regulación de los arts. 76 y 78, por lo que calificó a esta concreta cuestión de la reforma de “oportunistamente y basada en criterios de un derecho penal vindicativo”. Y, en las pp. 8-9, añadió que a tal reforma le faltaba “el presupuesto de toda modificación legislativa en materia penal, es decir la manifiesta insuficiencia de la norma existente”.

establecer un régimen *más duro* de acceso al tercer grado en algunos supuestos⁸¹².

En su exposición de motivos, la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, justifica que las medidas adoptadas son exigencia necesaria del principio de seguridad jurídica - concretado en el derecho a conocer con certeza la forma de aplicación de la pena- y persiguen una lucha efectiva contra la criminalidad, lo que se conseguirá ante la certeza del castigo, y no ante la esperanza de la impunidad o de su incumplimiento.

La LO 7/2003 reformó el art. 78 CP para que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional en los supuestos de *crímenes especialmente graves* se refieran siempre a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias. Esta modificación fue propuesta por la Comisión Técnica de Reforma del Sistema de Penas⁸¹³.

Para la Exposición de Motivos de esta ley: *“Se trata de activar una respuesta penal más efectiva frente a los autores de crímenes muy graves, que además han cometido una pluralidad de delitos, es decir, frente a aquellos que se encuentren en los límites máximos señalados por el art. 76 CP (25, 30 ó 40 años de cumplimiento efectivo de condena a pena de prisión) y siempre que la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas. Cuando no lleguen a entrar en juego estos límites máximos, debe mantenerse plenamente la facultad decisoria del juez o tribunal ya señalada al principio.*

Pero en los casos de delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, el JVP podrá acordar la concesión de un tercer grado sólo cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la

⁸¹² LÓPEZ PEREGRÍN, C., “¿Lucha contra la criminalidad ...”, *op. cit.* pág. 8

⁸¹³ VILLAMERIL PRESENCIO, L., “La comisión técnica de reforma...”, *op. cit.*, págs. 5-6

condena impuesta, y podrá acordar la concesión de la libertad condicional cuando quede por cumplir una octava parte del mencionado límite".

El Anteproyecto de la LO 7/2003 aprobado por el Consejo de Ministros el 3 de enero de 2003 establecía el cumplimiento íntegro de las penas sin posibilidad de régimen abierto ni libertad condicional para los supuestos de terrorismo y/o crimen organizado. Esto suponía una quiebra del principio orientador de las penas del art. 25.2 CE, ya que se hacía imposible vislumbrar en el horizonte de ese "cumplimiento íntegro y efectivo" de la pena el más mínimo atisbo de reinserción social a través de los mecanismos que le son propios, es decir la obtención de los beneficios penitenciarios en sentido amplio⁸¹⁴. Por tanto, la cuarta parte, la mitad o las tres cuartas partes se establecían sobre la totalidad de las condenas; lo cual daba lugar en supuestos de penas superiores a 160 años no podrán disfrutar ni tan siquiera de permisos salida. Para salvaguardar el principio orientador, pero irrenunciable, de las penas del art. 25.2 CE, y evitar el riesgo de cierta tacha de constitucionalidad el legislador, con base a un acuerdo entre el Partido Popular y el Socialista, establecieron la posibilidad de que en supuestos de terrorismo y/o crimen organizado se pudiera disfrutar, con grandes restricciones, como veremos, de régimen abierto y libertad condicional.

Llegados a este punto hemos de ver cual es la diferencia entre cumplimiento íntegro y efectivo, en el primer supuesto la pena se cumple totalmente sin ser acortada por beneficios penitenciarios, en el segundo supuesto la pena se cumple dentro de prisión en régimen cerrado u ordinario pero para nada en régimen abierto. La finalidad del legislador del año 2003 era que se cumpliesen ambos objetivos, el cumplimiento íntegro de las penas, que ya se producía desde el Código Penal de 1995, y el efectivo que será la novedad de la reforma del año 2003 al modificar artículos del Código Penal que dan lugar que el

⁸¹⁴ LEIVA TAPIA, J., "Retroactividad de la LO 7/2003", *Revista ATIP* (Asociación Técnicos IIPP), Nº 1, 2004, pág.17

cumplimiento de la pena de prisión se efectúe más en prisiones de régimen cerrado u ordinario.

Según **Téllez Aguilera** el incremento del techo penológico a los cuarenta años tiene salvada su constitucionalidad por la posibilidad de alcanzar la libertad condicional anticipada a los treinta y dos años de la condena⁸¹⁵. Pero este aumento punitivo sigue siendo considerado por parte de la doctrina como inconstitucional dado que la permanencia en prisión puede llegar incluso en el mejor de los casos hasta treinta y dos años, y este cumplimiento choca con los art. 25.2 y 15 CE. Hay que recordar este último artículo prohíbe las penas o tratos inhumanos y degradantes. Sobre el anterior plazo de los 30 años de límite máximo de cumplimiento de condena existía un acuerdo más o menos mayoritariamente asumido en la doctrina. Un plazo mayor se consideraba atentatorio contra la dignidad de la persona, cercenador de la posibilidad de rehabilitación y, por tanto, lleva a la destrucción del individuo como ser social. Por ello el incremento del máximo de pena de prisión a 40 años, junto con la dificultad de la posibilidad de que tales condenados se beneficien del tercer grado y de la libertad condicional, cierra por completo la puerta a una posible rehabilitación del delincuente llevando a su aniquilación como ser social. Con la flagrante infracción de uno de los principios consustanciales a la legitimación del sistema penal: el principio de proporcionalidad, que viene a expresar en el ámbito punitivo la exigencia constitucional de igualdad en cuanto a principio superior de nuestro ordenamiento jurídico⁸¹⁶.

Por otro lado, también choca con la jurisprudencia en materia de ejecución de penas. La STS de 7 de marzo de 2001 es especialmente crítica con las penas que por no poder ser objeto de acumulación jurídica pueden alcanzar los treinta años, indicando como solución su ajuste en sede de ejecución reglamentaria con formulas como el indulto parcial, la solicitud

⁸¹⁵ TÉLLEZ AGUILERA, A., "¿Hacia un Guantánamo español?...?", *op. cit.*, pág.23

⁸¹⁶ POLAINO NAVARRETE, M., *La reforma penal...*, *op. cit.*, pág. 30

de indulto por la Junta de Tratamiento o el adelantamiento de la libertad condicional, lo que precisamente con las reforma de la LO 7/2003 no va a poder ser posible⁸¹⁷.

En su reforma del art. 78, la LO 7/2003 introduce la obligatoriedad de la adopción del sistema de cumplimiento íntegro en los casos de elevación del máximo de cumplimiento efectivo de la condena establecidos en el art. 76 -entre los que se incluye el terrorismo y delincuencia organizada-, eso sí, cuando la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas. Además, aunque sigue permitiendo que el JVP pueda desactivar este régimen específico y volver al general, en el caso de los delitos de terrorismo y delincuencia organizada introduce unos requerimientos temporales de cumplimiento específicos: sólo podrá acceder al tercer grado cuando le quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento y a la libertad condicional una octava parte⁸¹⁸.

Del tenor literal de la ley, parece deducirse que estos requisitos de cumplimiento obligatorio introducidos en el tercer párrafo del art. 78 se refieren a todos los supuestos de condenados por terrorismo, ya se adopte el cumplimiento íntegro potestativamente vía art. 78.1, ya obligatoriamente por tratarse de los supuestos del art. 76, vía art. 78.2.

Junto a ello, incorpora a las figuras penitenciarias que deberán computarse respecto de la totalidad de la pena los permisos de salida y el acceso al tercer grado; cubre, por tanto, todas las medidas que supongan la excarcelación temporal del recluso.

En la línea del incremento del rigor punitivo, el legislador de la LO 7/2003, de 30 de junio, reformó el art. 78 que estableciendo textualmente:

⁸¹⁷ CERVELLÓ DONDERIS, V., “Los nuevos criterios...”, *op. cit.*, págs. 16-17

⁸¹⁸ Hay que destacar que se olvida el legislador de establecer un límite temporal para el acceso a los permisos de salida.

“1. Si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el apartado 1 del artículo 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias.

2. Dicho acuerdo será preceptivo en los supuestos previstos en los párrafos a), b), c) y d) del apartado 1 del artículo 76 de este Código, siempre que la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas.

3. En estos casos, el JVP, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento. Si se tratase de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, y atendiendo a la suma total de las penas impuestas, la anterior posibilidad sólo será aplicable:

-Al tercer grado penitenciario, cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena⁸¹⁹.

⁸¹⁹ El Anteproyecto del Gobierno de julio de 2012 de reforma del Código Penal modifica los apartados 2 y 3 del art. 78, que quedan redactados como sigue:

“2. Dicho acuerdo será preceptivo en los supuestos previstos en los párrafos a, b, c y d del apartado 1 del artículo 76 de este Código, siempre que la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas. En el caso de que hubiera sido impuesta una pena de prisión permanente revisable, la concesión de permisos de salida y la progresión a tercer grado requerirá de la existencia de un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social adoptado por el Juez de Vigilancia Penitenciaria conforme a lo dispuesto en el apartado siguiente.

-A la libertad condicional, cuando quede por cumplir una octava parte del límite máximo de cumplimiento de la condena.”

Este artículo, según **García Albero**⁸²⁰, establece tres tipos de régimen de cumplimiento:

1. Régimen de cumplimiento efectivo contingente.

Este régimen es aplicable a los penados que reúnan los siguientes requisitos:

-Que la pena a cumplir sea *inferior a la mitad* de total de las impuestas.

-Que no hayan sido condenados por ningún delito castigado con pena de prisión de hasta 20 años o superior a 20 años.

En estos casos la aplicación de las limitaciones establecidas por el art. 78 CP es *facultativa* por parte del Juez o Tribunal sentenciador. Aunque no se diga expresamente, no cabe duda que dichas limitaciones deben ser motivadas en la

3. En estos casos, el Juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento. Si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones o grupos criminales, y atendiendo a la suma total de las penas impuestas, la anterior posibilidad sólo será aplicable:

a) *Al tercer grado penitenciario, cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena; o se hayan extinguido de forma efectiva 32 años de condena, si hubiera sido impuesta una pena de prisión permanente revisable.*

b) A la libertad condicional, cuando quede por cumplir una octava parte del límite máximo de cumplimiento de la condena. Si hubiera sido impuesta una pena de prisión permanente revisable, se estará en todo caso a lo dispuesto en el artículo 92 de este Código.

⁸²⁰ GARCÍA ALBERO, R. y TAMARIT SUMALLA, J. M^a., *La reforma...*, *op. cit.*, pág. 77 y siguientes

sentencia o auto de acumulación de las penas para evitar que la decisión de aplicar el art. 78 sea absolutamente discrecional.

2. Régimen de cumplimiento efectivo necesario.

Es aplicable a penados a los que se haya limitado el máximo de cumplimiento de pena con los topes establecidos en las letras a), b), c) y d) del art. 76: 25, 30 ó 40 años. En estos casos la aplicación del art. 78 es *preceptiva*.

En estos dos primeros supuestos es posible el *regreso al sistema general de cumplimiento*, condicionada al previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, levantándose con ello las limitaciones del art. 78 y del art. 36.2 (periodo de seguridad) sobre la totalidad de la penas impuestas. Esta vuelta al régimen general de cumplimiento deberá ir precedida del trámite de audiencia del Ministerio Fiscal, de Instituciones Penitenciarias y de las demás partes.

3. El régimen de cumplimiento íntegro por terrorismo y/o delincuencia organizada

En el caso de delincuencia terrorista y/o organizada en el Anteproyecto aprobado por el Consejo de Ministros de 3 de enero de 2003 se preveía el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas ya que no era posible ningún tipo de flexibilización bajo ningún concepto por lo cual el JVP no podía hacer nada para rebajar el periodo de cumplimiento efectivo de la condena al no permitírsele el legislador, lo que era un síntoma claro de que podía constituir un trato inhumano o degradante ya que podían acarrear sufrimientos de una especial intensidad y provocar una humillación o sensación de envilecimiento. En cambio, el CGPJ, en su informe sobre el mismo, establece todo lo contrario y afirma que no puede calificarse de trato inhumano o degradante lo previsto en el texto⁸²¹, aunque sí propone que:

⁸²¹ CGPJ. Servicio de estudios e informes. Versión digital, p.8. Según este informe que “la adecuación o no a la Constitución de la elevación a 40 años del máximo de cumplimiento efectivo de la condena en supuesto de concurso de delitos no se sitúa tanto en el terreno de la noción de tratos inhumanos y degradantes, sino en el de la posibilidad o no de que ésta pueda satisfacer las exigencias que a las penas privativas de libertad impone el artículo 25.2 CE,

“si se mantiene en el número 3 del artículo 78, la excepción allí prevista para los delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, debería introducirse algún tipo de mecanismo jurídico o de precisión legal que diferenciase de algún modo el tratamiento del delincuente que alcance la rehabilitación social de aquel otro que se encuentre en el caso contrario”. Afortunadamente el CGPJ sí observa cierta desproporción en esta regulación y propone cambios, por lo que, de forma indirecta está reconociendo la excesiva dureza del precepto cuestionado. Fruto del Proyecto de 7 de febrero de 2003, el acuerdo entre las fuerzas políticas PP-PSOE, se previó una mínima posibilidad de atenuación o flexibilización al permitir la salida en libertad condicional, en estos casos, cuando el terrorista hubiera cumplido treinta y cinco años de condena. No puede, por tanto, hablarse de grandes mejoras con este acuerdo de los partidos políticos mayoritarios del Parlamento de la nación. Pero gracias al mismo se pueden levantar las limitaciones del art. 78 CP y volver al régimen normal de cumplimiento cuando se hayan cumplido determinados plazos:

-Cuatro quintos (treinta dos años sobre una pena máxima de cuarenta años) para acceder al tercer grado

-Siete octavos (treinta y cinco años sobre una pena máxima de cuarenta años) para alcanzar la libertad condicional.

Con lo cual y en relación a lo que establece el art. 36.2 CP tampoco se puede levantar el periodo de seguridad a penados por delitos de terrorismo o cometido en el seno de organización criminal aunque hayan cumplido la mitad de la pena, sino que tienen que tener cumplidos los cuatro quintos de la pena. En este punto el art. 78 constituye una *lex specialis* respecto al citado art. 36.2, que agrava considerablemente la duración del periodo de seguridad para este tipo de delincuentes. En esta misma línea, se determina en el art. 78.3 que en los penados por delitos de

máxime si se tiene en cuenta que la cuestión que es objeto de este informe no se sitúa en el terreno de la duración máxima de las penas (artículo 36 CP), sino en el del cumplimiento efectivo de éstas en el caso de concurso de delitos (artículo 76 CP).

terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales sólo podrán ser clasificados en tercer grado cuando les falte por cumplir una quinta parte de la pena (sobre una pena de 40 años tendrán que cumplir 32 años para acceder al tercer grado). Por ello podemos afirmar que este tipo de penados tiene que cumplir un *periodo de seguridad agravado*.

En cuanto a la limitación impuesta para que el JVP pueda tornar al régimen general de cumplimiento en los casos de condenados por delitos de terrorismo o por delitos cometidos en el seno de organizaciones delictivas, señalar que la posibilidad de tal decisión sólo lo es, *ex art. 78.3 in fine, a los efectos de clasificación en tercer grado y disfrute de libertad condicional*. Nada se dice de la concesión de permisos, lo que lleva a que, siguiendo la literalidad del precepto, éstos en todo caso se refieran siempre a la suma total de las penas, lo que tiene como ilógica consecuencia el hecho de que cuando estos internos hubiesen sido condenados a más de 160 años de prisión nunca puedan salir de permiso (cumplirían la cuarta parte a los 40 años, esto es, cuando extinguen completamente su condena), pese a lo cual sí que pueden disfrutar de tercer grado a los 32 años y libertad condicional a los 35⁸²², en la misma línea se manifiesta **Cervelló Donderis**⁸²³. Desde nuestro punto de vista es totalmente absurdo que un penado, aunque sea condenado por terrorismo, no pueda disfrutar de permisos de salida cuando haya informe pronóstico favorable de reinserción social y se le levante las limitaciones del art. 78 CP, pues ello quiere decir que no podrá salir a la calle hasta que pase a tercer grado cuando haya cumplido 32 años de la pena (salvo que se le aplique , como hemos visto el art. 100.2 RP); con ello se renuncia a un instrumento muy beneficioso para romper la vinculación con el grupo terrorista y reforzar la vinculación familiar.

Todas las reformas penales del año 2003 estaban dirigidas a potenciar la seguridad ciudadana, al menos teóricamente, por

⁸²² TÉLLEZ AGUILERA, A., “Cumplimiento...”, *op. cit.* , pág. 3

⁸²³ CERVELLÓ DONDERIS, V., “Los nuevos criterios...”, *op. cit.*, págs. 15-16.

ello **Landrove Díaz** vino a decir que el conocido hasta ahora como el Código Penal de la democracia habría que denominarlo como el Código Penal de la seguridad, realizando la siguiente crítica: "*más delitos, penas más severas, mayor eficacia-obviamente represiva- ante la criminalidad y todo ello en aras de la seguridad ciudadana. En definitiva, tolerancia cero ante una patología social cuyos orígenes no parecen interesar al sistema que la genera y que actúa con creciente dureza ante el sistema que la genera y que actúa con creciente dureza ante las consecuencias ignorando deliberadamente sus causas últimas*⁸²⁴".

De otra parte, la inclusión de reglas específicas para la ejecución de las penas a ciertos delincuentes, vulnera según **Fernández García**, otra regla fundamental de las características de la pena en el Estado social y democrático de derecho, que es la *igualdad* porque, ante la comisión de un hecho gravísimo, como puede ser el asesinato, si se comprueba por el juzgador la presencia de todos y cada uno de los elementos del delito, debe, inexorablemente, aplicarse la pena en igualdad de condiciones, sea terrorista o no le sea quien cometa el abominable crimen, puesto que el acto es igualmente disvalioso⁸²⁵. En la misma línea **López Peregrín** afirma que la LO 7/2003, de 30 de junio, al establecer reglas diferentes para un determinado tipo de delincuentes supone una infracción del principio de igualdad⁸²⁶ pues se *agrava* el acceso al tercer grado y libertad condicional de los terroristas y/o los que cometan el delito en el seno de organizaciones delictivas puesto que además del periodo de seguridad del art. 36.2 CP, se les establece *dos periodos de seguridad* más, uno para acceder al tercer grado (cumplimiento de las 4/5 de la pena según) y otro para la libertad condicional

⁸²⁴ LANDROVE DÍAZ, G., "El Derecho Penal de la seguridad". *Revista La Ley* 10/10/2003, pág. 2

⁸²⁵ FERNÁNDEZ GARCÍA, J., ¿Un derecho penal mejor?", *Diario El País*, 16/2/2003

⁸²⁶ LÓPEZ PELGRÍN, C., ¿Lucha contra la criminalidad...", *op. cit.*, pág. 13

(cumplimiento de 7/8 de la pena) según establece el art. 78 CP en los apartados a) y b) respectivamente⁸²⁷.

Por tanto, con la reforma de los art. 36.2, 76 y 78 del CP se establecen dos clases de delincuentes, aquellos que pueden obtener el régimen general de cumplimiento y los tiene un régimen excepcional, plasmándose de esta forma lo se ha dado en llamar un "*Derecho penal del enemigo*", un derecho penal que trata a determinados tipos de delincuentes no como ciudadanos que han infringido una norma penal y deben ser castigados con una pena, sino "*como enemigos, como meras fuentes de peligro que deben ser neutralizados del modo que sea, cueste lo que cueste*"⁸²⁸.

Para concluir este apartado hemos de reseñar que compartimos el criterio aprobado en el IX Encuentros de servicios de orientación y atención jurídica penitenciaria y turnos de oficio penitenciarios de los colegios de abogados de España, celebrados del 8 al 10 de noviembre de 2007 en Cáceres, en el que se aprobó que el art.78 CP es contrario al art. 25.2 CE y por tanto inconstitucional, al impedir el estudio de las circunstancias y condiciones personales de los condenados con penas de larga duración, en relación a su progresión de grado o concesión de permisos de salida.

2. La cadena perpetua en España

En España el cumplimiento íntegro y efectivo de elevadas penas de prisión puede conllevar de hecho a la cadena perpetua⁸²⁹.

⁸²⁷ En este sentido se pronuncia POLAINO NAVARRETE, M., *La reforma penal...*, *op. cit.*, págs. 32-33

⁸²⁸ CANCIO MELIÁ, M., "Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo". Algunas consideraciones sobre la regulación de las *infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000, Jueces para la Democracia*, pág. 20

⁸²⁹ GARCÍA ARÁN, M., *Diario El País*, 30/11/1995: "*si por acumulación de delitos se llega a una pena teórica de 100 años, deberían cumplirse*

Según **Nistal Burón**⁸³⁰ la pena de cadena perpetua siempre ha sido un tema tabú en nuestro ordenamiento jurídico, aunque no se entiende muy bien por qué, dado que en países de nuestro entorno, como Alemania, Gran Bretaña o Francia, tan democráticos, constitucionales y de Derecho como el nuestro, existe la misma sin que ello suscite ningún debate social sobre su procedencia. El propio Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998, que crea la Corte Penal Internacional, que, por primera vez en la historia, pretende instaurar un modelo de justicia penal internacional universal en un auténtico espacio judicial transnacional, que, partiendo de la confianza entre los Estados y, cómo no, también de la homogeneidad de sus ordenamientos punitivos, permita un reconocimiento mutuo de forma automática de las sentencias dictadas por los Tribunales de cada Estado, prevé entre las penas aplicables la reclusión a perpetuidad. España, junto con otros 120 países, se ha adherido a este Estatuto, aunque en nuestro caso por Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, se haya introducido una cláusula de salvaguarda que condiciona la ejecución en nuestro territorio de las penas privativas de libertad impuestas por este órgano a que la duración de la pena no exceda del máximo más elevado previsto para cualquier delito con arreglo a la legislación española. Según este autor todos estos datos nos hacen pensar que no parece razonable que los ordenamientos jurídicos, tanto nacionales como internacionales de tantos países, estén equivocados sobre la eficacia de esta pena de cadena perpetua. Sin embargo, en España, cualquier endurecimiento de las penas

íntegramente, lo cual, mientras no mejore espectacularmente la esperanza de vida, conduce a la cadena perpetua que, a mi juicio, sería abiertamente inconstitucional al impedir, por definición, la reinserción social del condenado”.

⁸³⁰ NISTAL BURÓN, J., “¿Es viable en nuestro ordenamiento jurídico la pena de “cadena perpetua” como solución para determinados tipos de delincuentes difícilmente reinsertables?, *La Ley Penal*, Nº 68, Febrero 2010, págs. 1 y 2

sistemáticamente es rechazado por ser contrario a la reinserción, es decir, a los derechos de los delincuentes⁸³¹.

La finalidad resocializadora atribuida a la pena privativa de libertad en el art. 25.2 CE determinó, tras la entrada en vigor de la LOGP en el año 1979, un nuevo sistema de ejecución penal construido a partir del principio denominado de individualización científica, que, como regla general, pretende dejar en un segundo plano el delito cometido y primar la idea de reinserción del sujeto autor del mismo. De esta forma, la pena privativa de libertad se concibe como tratamiento, esto es, como actividad directamente encaminada a la reeducación y reinserción social mediante la utilización de métodos científicos adecuados, y tiene como especificidad más destacable el enorme margen de flexibilidad que imprime a la ejecución de la pena, siendo su signo de identidad último el de la versatilidad y elasticidad, lo que facilita, en la medida de lo posible, acomodar la ejecución a las circunstancias personales, familiares y sociales

⁸³¹ Nota de prensa de la Asociación Pro-derechos humanos de Andalucía. (APDHA). 14/2/2012: En España existe ya, lamentablemente, la cadena perpetua, a pesar de no existir reconocimiento legal de la misma. Por un lado, el límite de 40 años no es absoluto, algunas personas acumulan varias condenas elevadas a cuyo conjunto total de penas no se les aplica dicho límite.

En 2010, en las cárceles españolas vivían en torno a 345 personas cumpliendo condenas superiores a los 30 años (sin contar las condenas por delitos de terrorismo). Por otro lado, todos los estados en los que existe reconocida legalmente la cadena perpetua, aplican revisiones que hacen más cortas las condenas, algo que no sucede en España, donde no existe ese reconocimiento legal. En países como Inglaterra o Alemania la media de cumplimiento real es de 15 y 19,9 años, a pesar de disponer de cadena perpetua. España tiene ya, sin reconocimiento de la cadena perpetua, un sistema mucho más estricto y duro que esos países.

Los límites temporales a la condena son una exigencia del estado de derecho, de respeto a la dignidad humana y al trato humano, que deben tratar al infractor de las normas de convivencia de una forma distinta a la que él actuó, única forma de dar ejemplo. Encerrar de por vida a alguien supone enterrarlo en vida, eliminándolo como persona y como miembro de la sociedad. Se trata de una tortura psicológica, ya que ninguna persona puede asimilar la pérdida de su futuro.

propias y específicas de cada interno —principio de individualización—. Esta orientación resocializadora de la pena privativa de libertad requiere, entre otras actuaciones, establecer una limitación en la duración máxima de la pena de privativa de libertad para evitar que una persona pueda pasar tantos años en prisión que al salir en libertad resulte ya irrecuperable socialmente.

A la luz de esta orientación de las penas privativas de libertad a la reeducación y reinserción social del penado, la pena de reclusión perpetua podría plantear en nuestro país problemas de constitucionalidad. En este sentido se pronuncia **Cervelló Donderis** cuando manifiesta que en nuestro país “*sería inconstitucional la regulación de la cadena perpetua*”⁸³², porque difícilmente podremos hablar de intentos de reinserir socialmente a quien está recluido de por vida, aunque esto es solo en un plano teórico, porque en la práctica la pena de cadena perpetua es siempre susceptible de un examen de revisión-reducción, por lo que el objetivo resocializador de la pena privativa de libertad, que justifica que el tiempo de estancia en prisión deba estar limitado, no se vería alterado si esta pena de cadena perpetua estuviera sujeta a dicho proceso, es decir, si cada cierto tiempo se pudiera revisar la situación del recluso y, en caso de que esté en condiciones de ser reinserido, concretar la pena a una duración determinada. Esto haría a la pena de cadena perpetua perfectamente constitucional⁸³³.

Si hay un rechazo tanto jurisprudencial como doctrinal al incremento de las penas de prisión con los claros efectos desocializadores que tienen, no se entiende muy bien esta desmesurada agravación, salvo que esto suponga volver la espalda a línea político criminal que inspiró el art. 25.2 CE. A veces, se pone como ejemplo a otros países europeos en los que existe la cadena perpetua (Francia, Alemania, Italia, etc.) pero en estos casos es posible su remisión mediante la libertad condicional o el derecho de gracia: en Italia a los veintiséis años

⁸³² CERVELLÓ, DONDERIS, V., *Derecho...*, Valencia, 2012, 3ª Ed., pág. 42

⁸³³ NISTAL BURÓN, J, “Es viable...”, *op. cit.*, págs. 1 y 2

y en Alemania a los quince⁸³⁴. Por tanto, según **Nistal Burón** la

⁸³⁴ Todo un récord que puede ser ampliamente superado por aquellos terroristas que hayan sido juzgados tras la reforma del Código Penal de 2003. Estos pueden llegar a permanecer entre rejas hasta 40 años. "Prácticamente una vida", como describe estas elevadas penas Miguel Ángel Gimeno, portavoz de Jueces para la Democracia. De hecho, la dureza del Código Penal español es reconocida por los representantes de los jueces, quienes aseguran que la legislación de otros países, pese a incluir la cadena perpetua, es mucho más benévola. "En Bélgica revisan la situación del preso con esta pena a los diez años de su ingreso en prisión. Otros, como Dinamarca, a los 12. Algunos más, como Alemania, a los 15", destaca Antonio García, de la Asociación Profesional de la Magistratura. De hecho, en este último país las estancias en prisión para los delitos más graves se sitúan en los 25 años, muy lejos de los 40 reales que pueden pasar en España los condenados por terrorismo. Joseph Fritzl, el conocido como monstruo de Amstetten (Austria), fue condenado el pasado marzo a pasar el resto de su vida internado en un centro para criminales con trastornos psíquicos, donde recibirá terapia. Su situación penitenciaria, sin embargo, será revisada dentro de 15 años y, si los médicos consideran que está curado, podría ser liberado. La condena a cadena perpetua existe formalmente en Francia como una pena impuesta en condiciones excepcionales y por delitos excepcionales. De hecho, sólo 519 reos se encontraban en prisión por esa pena en Francia en octubre pasado, según el Fichero Judicial Nacional. La inmensa mayoría de ellos tiene derecho a la liberación condicional probatoria al cabo de 20 años. En realidad, sólo cuatro condenados a perpetua están casi seguros de no salir con vida de entre rejas: son cuatro pedófilos reincidentes, a los que se ha infligido la llamada "perpetuidad incompresible". Los delitos que conllevan la cadena perpetua en Francia son los calificados en el código penal de "crímenes". Aun así, sólo algunos de ellos son juzgados de máxima gravedad. Es el caso, por ejemplo, de la violación seguida o precedida de actos de barbarie, de los crímenes contra la humanidad, y los asesinatos perpetrados contra personas que carecen de medios para defenderse (ancianos, niños y minusválidos). También el caso de los actos de terrorismo destinados a ocasionar masivamente la muerte y la destrucción. Para ser condenado a esa "cadena perpetua", el juez convoca un tribunal de magistrados acompañado de un jurado popular. Sólo se impone la cadena perpetua a un acusado declarado culpable si al menos ocho de los nueve jurados ciudadanos piden que se le imponga la prisión de por vida al reo.

Los condenados a cadena perpetua en Alemania pasan un promedio de entre 17 y 20 años en la cárcel. En los casos en que el juez constata una "especial gravedad de la culpa" por la existencia de ensañamiento o brutalidad, la estancia entre rejas del reo oscila entre los 23 y los 25 años. En todos los casos, el condenado tiene derecho a disfrutar de permisos, aunque sólo después de cumplir los primeros diez años de condena. Una cadena perpetua

es, en realidad, una condena a tiempo indefinido que tiene que durar al menos 15 años.

A partir de ese momento, el juez puede dejar al reo en libertad, aunque antes debe constatar, a partir de un informe técnico, que el recluso ya no representa un peligro para la sociedad. Para los menores, no hay cadena perpetua. La pena máxima para ellos es de diez años. Los delitos que se castigan necesariamente con cadena perpetua son asesinato, casos “especialmente graves” de homicidio, genocidio, crimen contra la humanidad y crimen de guerra. En la actualidad, entre los 75 reclusos en prisiones alemanas, hay cerca de 2.000 personas cumpliendo esta pena, la gran mayoría por asesinato, según los últimos datos de la oficina federal de estadística.

El 13% de la población carcelaria de Inglaterra y Gales cumple cadena perpetua o un internamiento indefinido en el caso de menores, a la espera de que las autoridades establezcan que ya no son un peligro. El agravamiento de las penas ha sido una constante desde la abolición de la pena de muerte en 1965. Los presos en esa situación suman 10.911. Al imponer la cadena perpetua, los jueces están obligados a establecer un periodo mínimo de estancia en prisión, a partir del cual el preso puede solicitar la libertad condicional. La pena es obligatoria en caso de asesinato. Aun así, muy pocos pasarán toda su vida entre rejas sin posibilidad de salir antes. En estos momentos, sólo unos 50 presos están en esa situación.

Desde 2003, el Gobierno fija unos criterios para las sentencias que, aunque no obligan a los jueces, sí suelen ser respetados. La estancia mínima en prisión es de 30 años por el asesinato de dos o más personas, o de una si se cumplen unos agravantes. Hay 82.653 presos en Inglaterra y Gales (y otros 8.000 en Escocia, que tiene su propio sistema de Justicia). Son 153 por cada 100.000 habitantes, una de las cifras más altas de Europa. Cada preso cuesta al Estado de media 45.000 euros anuales.

En Italia hay 64.595 detenidos en las cárceles, de los que 1.430 cumplen cadena perpetua. Los tribunales italianos imponen esta pena al reo que debe responder por más de un delito castigado con 24 años de cárcel, entre ellos los asesinatos. No obstante, los condenados pueden obtener la libertad condicional tras 26 años de reclusión e, incluso, antes –a los 20–, si se les aplican beneficios por buena conducta. A los diez años, pueden obtener permisos. Buena parte de la población apoya la cadena perpetua y sólo una minoría ve contradictoria la pena con la Constitución, que contempla la cárcel como un centro de “reeducación del condenado”. Entre estos últimos, hay varios jueces que en los últimos años han sometido la cuestión al Tribunal Constitucional. Este, sin embargo, sólo ha eximido a los menores de edad de la posibilidad de recibir esta condena. En 1981, el Partido Radical, una formación con especial énfasis en los derechos humanos, impulsó un referéndum para derogar la cadena perpetua. El 77,4% de los votantes se mostró contrario a la propuesta. La cuestión está ahora en manos del Tribunal

cadena perpetua no se contradice con el objetivo resocializador encomendado por el art. 25.2 CE, pues permite concretar la duración de la prisión a las condiciones de la reinserción social del condenado, es decir, acomodar el régimen penitenciario a los pronósticos de peligrosidad que pueden representar las personas que difícilmente van a reinsertarse. Sigue diciendo este autor que el citado art. 25.2 otorga un amplio abanico de posibilidades al legislador para regular la ejecución de la pena, pudiendo elegir entre diferentes opciones, y éstas son muy amplias y todas ellas caben en la Constitución incluida la cadena perpetua, que sería perfectamente constitucional si hay un juicio de revisión sobre la misma⁸³⁵.

Para **Nistal Burón**, desde la perspectiva de la reinserción y la reeducación, proclamadas en el art. 25.2 CE, el legislador está obligado a poner sobre la mesa otras alternativas, aunque sean más controvertidas, que tengan en cuenta que en determinados casos la pena impuesta se debe cumplir entera y, para ello, una solución posible sería arbitrar un mecanismo que permita concretar la duración de la misma al pronóstico de peligrosidad del autor del hecho delictivo, lo que se puede hacer a través de una pena indeterminada sujeta a una posible revisión-reducción de la misma a partir de determinados plazos. El fracaso de una forma doctrinal y voluntarista de entender, hasta ahora, la sanción de los delitos debe dar paso a una solución que priorice la defensa de la víctima, la protección de la sociedad y el castigo efectivo del delincuente, dejando de lado un seudoprogresismo que impide cuestionar el valor absoluto de la rehabilitación como fin de la pena, lo que, por otra parte, no hace más que favorecer al reo y desproteger a la víctima. Y todo

de Derechos Humanos de Estrasburgo, tras el recurso de varios condenados en 2008.

⁸³⁵ NISTAL BURÓN, J., “A propósito del debate social que se ha generado a raíz de la muerte de la niña onubense a manos de un pederasta”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N° 753, 5/6/2008, págs. 7-8

ello para dotar de mayor seguridad a los derechos y libertades de los ciudadanos⁸³⁶.

En sentido contrario se pronunció la Subcomisión de Derecho Penitenciario del Consejo General de la Abogacía Española (CGAE) al considerar, en relación a las últimas informaciones plantean abrir un debate sobre la cadena perpetua que “el art. 25.2 CE es concluyente al establecer que las penas privativas de libertad se han de orientar a la reeducación y reinserción social y toda pena que no cumpla dicho requisito, atenta contra el art. 15 de la Constitución que repudia cualquier trato inhumano y degradante, además de impedir hacer efectiva la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad, a las que se refiere el art. 10 de nuestra Carta Magna”.

Asimismo, señala esta comisión que “la duración de la pena privativa de libertad en España es superior a aquella que cumplen en otros países que contemplan la cadena perpetua. De hecho en España una persona que ha cometido distintos delitos, que no pudieran ser enjuiciados en un mismo procedimiento, puede cumplir una pena privativa de libertad superior a 40 años, límite teórico”. Además, subraya que “el cumplimiento de condenas privativas de libertad de larga duración, producen efectos físicos y psíquicos irreversibles en las personas”.

Por tanto, considera esta comisión que “no parece razonable reabrir un debate vinculado a la seguridad, cuando España es el cuarto país más seguro de la Unión Europea, por delante de muchos otros que tienen la cadena perpetua en su legislación, como Alemania, Francia, Italia o el Reino Unido, este último con el doble de delincuencia que España. Por tanto, ninguna relación existe entre la cadena perpetua y seguridad ciudadana, como tampoco lo existe entre pena de muerte y seguridad. El debate de la cadena perpetua se viene introduciendo cada vez que se produce un hecho delictivo grave que causa alarma social. No obstante, la política criminal, al igual que cualquiera otra, no puede encontrar su justificación en

⁸³⁶ NISTAL BURÓN, J., “Es viable...”, *op. cit.*, pág. 8

la citada alarma social y de su repercusión mediática”. Por todo ello, la Subcomisión de Derecho Penitenciario demanda el cese del populismo punitivo por parte de todos los partidos políticos, así como la necesidad de abrir un debate alternativo, que verse sobre la ineficacia del sistema penal actual para abordar la reinserción⁸³⁷.

En este mismo sentido, **Dopico Gómez-Aller**, manifiesta que nuestro sistema penal, lejos de pecar de "demasiado blando", es el que en la práctica impone más penas de prisión y más largas. Ha surgido una sorprendente iniciativa a favor de la implantación de la cadena perpetua porque es una pena "asumida en la Europa democrática". Al parecer, nuestro sistema penal es demasiado blando, y nos tienen a los ciudadanos desprotegidos. ¿Ignorarán sus promotores que la duración media de las cadenas perpetuas en "la Europa democrática" es muy inferior a la que prevé hoy la ley española para los mismos casos (hasta 40 años para casos de varios asesinatos agravados o de asesinatos terroristas, sin práctica posibilidad de semilibertad o acortamiento de la pena)? ¿Desconocerán la realidad de nuestro sistema penitenciario? No parece tratarse de desconocimiento. Este tipo de iniciativas tienen "gancho" periodístico (y, lo que es peor, electoral) y por ello son alentadas por ciertos medios y partidos políticos: primero se excitan los sentimientos sociales de indignación y posteriormente se ofrece una supuesta salida a la tormenta emotiva y vindicativa previamente desatada: la cadena perpetua. Así pues, nuestro sistema penal, lejos de pecar de "demasiado blando", es el que en la práctica impone más penas de prisión –y las más largas- de entre los países de nuestro entorno. Y ello, sin que nuestras cifras de criminalidad destaquen entre las de la UE. Entonces, ¿por qué surgen ahora estas campañas a favor del endurecimiento del sistema penal, que prescinden de los datos reales? ¿Qué objetivos persiguen? ¿A qué interés sirve una Política Criminal que no atiende a datos

⁸³⁷ Subcomisión de Derecho Penitenciario del Consejo General de la Abogacía Española (CGAE) www.cga.es. 29-1-2010

objetivos, sino que prescinde de ellos cuando no encajan con cierta posición ideológica?⁸³⁸.

La reiteración de peticiones implantación de la cadena perpetua puede hacernos creer que estamos ante una legislación ampliamente permisiva y totalmente laxa para los asesinos o los delincuentes en general, pero no es así. Las sucesivas reformas penales de los últimos años han llevado a un fuerte endurecimiento de las penas y al cumplimiento íntegro de las mismas, que en muchos el tiempo de permanencia en prisión se ha duplicado. La cadena perpetua se aplica ya de facto en nuestras prisiones. En efecto, no son pocas las condenas acumuladas que superan el límite de los 40 años, un periodo de encarcelamiento superior por cierto al de muchos Estados que continúan aplicando la cadena perpetua de forma legal pero en los que son frecuentes los mecanismos de revisión. A pesar de ello, la sensación de inseguridad artificialmente alimentada, junto a la sana pero a veces mal entendida solidaridad hacia los familiares de las víctimas, hace que muchos ciudadanos se sumen a las peticiones de endurecimiento de penas, llegando a exigir que se instaure la cadena perpetua.

Por tanto ¿cabe la cadena perpetua en nuestro ordenamiento? ¿Es realmente necesario endurecer aun mas nuestras leyes penales?. Desde nuestro punto de vista, la respuesta es rotundamente no, y no sólo porque el art. 25.2 CE establece la reinserción del penado como objetivo, sino porque, como señala el Tribunal Constitucional, la preparación para la vida en libertad a lo largo del cumplimiento de la condena constituye un mínimo innegociable (STC 112/96). Pero no se agotan aquí los argumentos constitucionales: la posibilidad de confinar toda su vida a una persona en una cárcel es un atentado contra la dignidad humana protegida en la Constitución (art. 10), contra la promoción de la igualdad real y efectiva (art. 9.2) y

⁸³⁸ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Diario La Vanguardia*, 15/4/2009

contra la proscripción de tratos inhumanos y degradantes (art. 15)⁸³⁹.

⁸³⁹ Con parecidos argumentos ASECIO CANCIO, J. M^a. se opone a la cadena perpetua revisable en su artículo “Cadena perpetua revisable: una medida dudosamente constitucional”. *Diario Información* 18/10/2011: ” ...En España existen penas máximas de privación de libertad que pueden llegar a los 20, 30 e, incluso, a los 40 años, las cuales, sin excepción, se cumplen íntegramente, pues íntegramente es sinónimo de inexistencia de beneficios que acorten la duración de la prisión, pero no de que exista un sistema penitenciario progresivo que permita, en función de la gravedad del delito, de la conducta del penado y de las previsiones de su reinserción social, pasar de un grado a otro, llegando a la libertad condicional en el último estadio de la condena, tras pasar, en su caso, por un régimen abierto que prepare al recluso para su vida en sociedad.

Este modelo progresivo, no automático en ningún caso, sino valorable atendiendo al penado, es consecuencia directa de lo establecido en el artículo 25 de la Constitución que expresa que las penas se orientarán a la reinserción y rehabilitación del reo, siendo éste, por imperativo constitucional, el fin último y el principio que debe regir el Derecho Penal. Que la pena tenga esta finalidad no es incompatible con que cumpla, adicionalmente, un papel retributivo y proporcional a la gravedad del delito, pero, en caso alguno, esta última función puede excluir de hecho a la constitucionalmente prevista como esencial. Una interpretación excesivamente flexible, que sitúe ambos fines al mismo nivel, parece contraria a la letra y al espíritu de nuestra ley fundamental.

Por eso, la cadena perpetua como tal, sin calificativos, es impracticable en España, por oponerse frontalmente a la finalidad rehabilitadora que la Constitución establece como marco del sistema punitivo. Es imposible que quien es condenado a prisión perpetuamente pueda rehabilitarse e insertarse en una sociedad a la que nunca ha de regresar. No hay reinserción social si el condenado no ha de volver a la vida civil en libertad y carecería de sentido toda labor llevada a cabo en los centros penitenciarios por los equipos de profesionales que realizan el tratamiento personalizado de cada recluso con la vista puesta en prepararlo para la vida en libertad.

Esa es la razón por la cual se propone un híbrido, la llamada cadena perpetua revisable, que se traduce en una pena indefinida sujeta en su duración a la efectiva rehabilitación del delincuente tras el paso de un plazo determinado. Pero, esta propuesta incurre en contradicciones legales y constitucionales complejas que la hacen también de difícil admisibilidad en el marco de nuestra Constitución, por mucho que en otros países esté vigente. Porque, si la medida se establece para aquellos delincuentes de los que no se espera la rehabilitación, nada habría nunca que revisar y carecería de sentido una

Un último dato en cuanto al endurecimiento de las penas, según datos de la Secretaría General IIPP, en enero del año 2010, había en España 345 personas presas (sin contar las condenadas por delitos de terrorismo) con penas no acumulables superiores a los 30 años; una de ellas tenía una condena de 38.585 días, esto es, casi 106 años. Esto quiere decir que, en la mayoría de los casos, no terminarán de cumplir sus condenas mientras dure su vida, pues a la edad que cada uno tenga, si la media fuera de 40 años de edad, en cuanto la pena sea superior a 35 años la vida en libertad se esfuma como posibilidad⁸⁴⁰.

condena revisable y, si es posible la rehabilitación, debe, a mi juicio, mantenerse un sistema con penas definidas, no dejado al arbitrio de terceros ajenos al juez decisor y al margen de las previsiones de una ley previa y objetiva.

Que sea un tercero distinto a quien impuso la pena plantea incluso problemas en relación con la cosa juzgada y con el juez legal constitucional. El sistema propuesto, en realidad, se traduce en una condena indeterminada en su duración y sujeta a la condición de la rehabilitación del reo y aunque la misma no se oponga derechamente al artículo 25 de la Constitución, al no desatender la función rehabilitadora, sí lo hace a otros preceptos de esta norma y a principios que considero básicos en el derecho penal humanista que es propio de países democráticos. En primer lugar, porque el principio de seguridad jurídica (artículo 9 de la Constitución), actúa como límite a este tipo de condenas, ya que el derecho a saber el grado de respuesta del Estado ante un hecho es irrenunciable y garantía ciudadana frente a ese mismo Estado, siendo la indeterminación directamente atentatoria a una norma esencial que rige todo el ordenamiento jurídico. En segundo lugar, porque la pena se ha de establecer en atención a la gravedad de los hechos, no a las condiciones de la persona, por lo que toda indeterminación que atienda sólo a la evolución de la conducta para su concreción, subordinando la entidad del hecho a esta última, no es otra cosa que manifestación de un derecho penal de autor, desterrado de nuestros sistemas a la vez que sus manifestaciones inquisitivas.

En tercer y último lugar, porque afecta al derecho a la igualdad ante la ley, ya que, ante unos mismos hechos, la duración de la pena variaría en atención al sujeto, su conducta y condiciones, lo que parece difícilmente admisible sin serios reparos...”.

⁸⁴⁰ Artículo firmado por Félix Pantoja, Fiscal del Tribunal Supremo, Lorena Ruiz-Huerta, profesora de Derecho Penitenciario en la Universidad Carlos III, Xavi Echevarría, profesor de Derecho Penal en la Universidad de Deusto, Julián Ríos, profesor de Derecho Penal en la Universidad P. Comillas, José

Concluyendo, desde nuestro punto de vista la introducción de la cadena perpetua en nuestra legislación podría ser constitucional siempre que existiera la garantía de que pasado un tiempo determinado de cumplimiento de la penal el condenado pudiera acceder al tercer grado o la libertad condicional si su pronóstico de peligrosidad fuera favorable. Pero el problema no está sólo en la compatibilidad con el principio de resocialización del art. 25.2 CE sino también con el derecho a la dignidad que garantiza el art. 10 CE y la prohibición de sometimiento a tratos inhumanos o degradantes contenido en el art. 15 CE. Por tanto estos artículos constituyen frenos muy serios a la introducción de la cadena perpetua en nuestro código penal aunque sea revisable, haciéndola por ello que sea una pena inconstitucional.

A pesar de lo expuesto el nuevo Gobierno del Partido Popular, a través del Ministro de Justicia expuso en el Congreso de los Diputados, el objetivo de introducir la pena de prisión perpetua revisable⁸⁴¹.

Según la *Plataforma otro derecho penal es posible* la cadena perpetua revisable, no obstante, así planteada, su encaje en el modelo constitucional no resulta sencillo. Una pena de estas características, sobre la que no cabe aplicar ningún

Luis Segovia, profesor de Ética Política en la Universidad P. Salamanca, Ramón Sáez, magistrado en la Audiencia Nacional, Manuel Gallego, profesor de Derecho Penal en la Universidad P. Comillas, todos ellos miembros de la Plataforma "Otro Derecho Penal es posible". Publicado en el *Diario Público* el 29/1/2010

⁸⁴¹ Agencia EFE, 25/1/2012. Gallardón ha informado en un principio que el Ejecutivo "estudia la posible instauración" de la prisión permanente "revisable", pero después ha dado por hecha la introducción de este castigo. Según el ministro, será una "pena excepcional" para supuestos "muy restringidos", pero que "han alcanzado el máximo grado de repulsa social". El ministro ha rechazado que se denomine a esta pena "cadena perpetua", como se han referido a ella los grupos de la oposición, porque el objetivo de la misma es que el reo abandone la cárcel pero solo cuando demuestre que ha cumplido el mandato constitucional de que se ha rehabilitado. "Supone variar el enfoque para que sea la rehabilitación la que determine el fin de la condena", ha explicado

beneficio penitenciario durante veinte años, se cohonestaba mal con la rehabilitación y la reinserción social. De nuevo apelando a las informaciones de los expertos en esta materia, parece fuera de toda duda que las consecuencias de un encierro prolongado en cualquier ser humano son terribles y, a partir de los 20 años, conducen a un deterioro –físico y psicológico– prácticamente irreversible. La destrucción física y moral en tales condiciones del condenado está asegurada; por ende, su rehabilitación y reinserción social, descartadas por completo. Además, nos oponemos abiertamente a esta propuesta por atentar con el derecho constitucional a la dignidad humana, más cuando, lamentablemente, esta posibilidad ya existe en nuestro ordenamiento jurídico. En las cárceles españolas viven entorno a 400 personas que tienen condenas superiores a los límites legalmente establecidos en el Código Penal de 20, 25, 30 o 40 años. Se trata de personas que han delinquido en varias ocasiones y, lo han hecho, después de que fueran sentenciados por otros delitos; en estos supuestos en aplicación del art. 76 CP, las penas no pueden limitarse a los topes temporalmente establecidos, sino que tienen que sumarse. Así, hay personas que tienen 30 y 40 años de edad y les quedan por cumplir penas de 60, 70, 80 o 100 años, sin posibilidad alguna de revisión de esa situación legal.

La referencia del Ministro de Justicia a su aplicación “para supuestos muy graves de alarma social”, contribuye –por si lo anterior fuera poco– a incrementar los recelos frente a esta nueva pena, a temer una vez más que la repulsa social se constituya en el criterio determinante para acometer las reformas legislativas, culminándose así el reinado de un “populismo punitivo” que conforme una configuración autoritaria y patibularia del Estado⁸⁴².

⁸⁴² *Diario La Razón*, 18/4/2012. La prisión permanente revisable era una de las promesas que el Partido Popular llevó en su programa electoral. En la primera intervención del ministro de Justicia, Alberto Ruiz-Gallardón, en la comisión de Justicia del Congreso anunció que su departamento estudiaría la instauración de «la pena de prisión permanente» revisable para supuestos muy restringidos y que hubieran causado una gran alarma social. Finalmente,

Tras el Consejo de Ministros del 14 de septiembre de 2012, el Ministro de Justicia⁸⁴³, presentó la reforma del Código Penal que preparada por Gobierno del Partido Popular que pretende introducir por primera vez en la legislación española la prisión permanente revisable⁸⁴⁴, que se aplicará en los casos de homicidios terroristas, pero también a los asesinatos más graves de menores y en casos de genocidio, magnicidio y crímenes contra la humanidad.

La reforma del Código Penal introduce dos figuras novedosas para los considerados delincuentes más peligrosos: la prisión permanente revisable, similar a la cadena perpetua que se aplica en otros países, y la custodia de seguridad.

La prisión permanente tendrá una duración indefinida, que podrá ser revisada tras un tiempo de privación de libertad, en función de las circunstancias del reo, mientras que la custodia de seguridad será una medida privativa de libertad de una duración máxima de diez años para casos excepcionales, una vez cumplida la pena de prisión y después de que el tribunal

según explicó ayer Gallardón, durante el desayuno informativo organizado por Europa Press, esta medida sólo contemplará los delitos de terrorismo, de forma que no se aplicará ni a violadores ni a otro tipo de asesinos. Según indicó ayer el titular de Justicia, su equipo ha concluido que sería de «enorme dificultad» aplicarla a otros delincuentes que han cometido graves delitos, como los violadores u otros asesinos ya que dificulta determinar si delincuentes que no son terroristas, como los condenados por delitos sexuales, están recuperados y en condiciones de volver a la sociedad. Por este motivo, sólo a los terroristas se les aplicará el mecanismo según el cual cumplirá un mínimo de condena, que en Europa es de 20 o 25 años. Tras este periodo, se analizará si estos delincuentes están reinsertados y pueden quedar en libertad. Hemos de recordar que en España, tras la LO 7/2003, aprobada cuando el PP también estaba en el Gobierno, los terroristas pueden cumplir condena de hasta 40 años.

⁸⁴³ Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Penal en <http://WWW.mjusticia.gob.es> Consultado el 24/10/2012

⁸⁴⁴ *Diario Noticias de Navarra*, 15/9/2012. Según el Ministro de Justicia el Consejo de Estado ha informado favorable la prisión permanente revisable al entender que “no vulnera el principio de la reinserción y reeducación del reo”.

valore si se mantiene la peligrosidad. La revisión de la pena le corresponde al tribunal sentenciador, sin perjuicio de que la administración gubernativa podrá intervenir en la realización de los informes correspondientes o en todo aquello que le solicite la administración de justicia.

La revisión de prisión permanente se produce a partir del cumplimiento de los tiempos mínimos establecidos dependiendo si es una única pena o varias condenas y si se cumplen determinadas condiciones. Esos tiempos oscilan entre un plazo de 25 y 35 años en función de la gravedad de las penas, y antes de cumplirse esos plazos no puede solicitarse la revisión, que puede ser a petición del penado, para lo que el tribunal tendrá un plazo máximo de un año para decidir, o de oficio por parte del tribunal, al menos cada dos años sin perjuicio de hacerlo siempre que sea oportuno. Según el Ministro se trata de "un tipo penal que cumple perfectamente todos los requisitos de reinserción que marca nuestra Constitución" (el art. 25.2 de la Carta Magna indica que "las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social") y es equiparable a medidas semejantes que se aplican en otros países europeos como Francia y Suiza⁸⁴⁵. Todo lo anterior, en el marco de un sistema de justicia que contempla la posibilidad de penas privativas de libertad de hasta 40 años⁸⁴⁶, evidencia la innecesaridad de su implementación y

⁸⁴⁵ *Diariodesevilla.es*. 17/9/2012

⁸⁴⁶ LACASTA ZABALZA, J.I., *Diario Público*, 3/9/12012. El actual ministro de Justicia, Alberto Ruiz-Gallardón, ha anunciado la posibilidad de introducir en el sistema español la cadena perpetua o alguna medida similar (altas penas revisables), sabedor del eco que tienen entre el gran público sucesos como el caso Bretón y otros semejantes. Los partidarios de esas medidas acostumbran a sostener que en países como Alemania figura la condena a perpetuidad, de por vida. Bueno será recordar, una vez más, que el Tribunal Constitucional alemán ha obligado a revisar la cadena perpetua cada 15 años. Y la fecha límite no es casual, porque ese alto tribunal y la doctrina criminalista estiman que, después de quince años, se producen en el físico y en la psique del reo (literalmente) "daños irreversibles en su personalidad" y su "destrucción como ser social". Tal y como, hace ya mucho tiempo, lo denunciara con brillantez el penalista Enrique Gimbernat ante la reforma del Código de 1995

por ende una utilización abusiva e inmoderada del derecho penal en la línea ya advertida hace casi tres siglos (1762) por Beccaria: *“Toda pena que no se deriva de la absoluta necesidad es tiránica”*. Beccaria sostuvo que el Estado no puede ponerse nunca a la altura moral del asesino u homicida y reprimir la muerte con otra muerte legal. La grandeza del Estado de Derecho es, precisamente, ésta: la de no tratar jamás al delincuente como éste trató a sus víctimas.

por su incremento de los castigos de larga duración (Ensayos penales, pág. 79).

Entonces, ¿qué es lo que se pretende? Digámoslo con claridad: la destrucción del autor de crímenes horrendos. Pero en España no solamente está prohibida constitucionalmente la pena de muerte, sino también las penas inhumanas (art. 15 de la propia Constitución). Y la cadena perpetua, por las razones expuestas, tiene ese inequívoco carácter inhumano. Además, en España un recluso, en determinados supuestos, puede cumplir íntegramente hasta ¡40 años! de privación de libertad. ¿No es esto, ya, suficiente y hasta demasiado?

Con esas propuestas de endurecimiento, Gallardón pretende dar gusto al Partido del Talión, al del ojo por ojo, tan presente siempre entre las filas conservadoras. Pero el Estado de Derecho no está para ejecutar venganzas, sino para hacer justicia, con el máximo respeto a los derechos humanos, inclusive los del delincuente. La represión siempre dentro de la legalidad y la proporcionalidad, lo que quiere decir, el caso es de hoy, que el autor del repugnante secuestro de Ortega Lara no ha de esperar que se le haga lo mismo que él hizo, sino que puede aguardar el mismo tratamiento que el Reglamento penitenciario reserva para todos los reclusos que sean enfermos terminales.

Pero el incremento de las penas que promueve Gallardón tiene, por otro lado, demasiado sonido a lo que los alemanes llaman Derecho penal simbólico. Es decir, aquellas reformas legales que nada van a resolver realmente, pero permiten pescar con éxito en los revueltos ríos electorales.

Se nos suele presentar a los garantistas como ingenuos, cuando no como enfermos de “buenismo”. Pero no somos sino profundamente realistas, porque, ¿se ha creído alguien que medidas como las propuestas por Gallardón van a parar los pies, a disuadir del crimen, a un psicópata desalmado con propósito firme de delinquir? Seamos serios: es bien sabido que la pena capital en EEUU nunca hizo disminuir allí los crímenes sangrientos.

3. Derecho penitenciario del enemigo

El Derecho penal del enemigo se aparta de los fines ordinarios de la pena: la prevención general positiva, de la prevención general de intimidación y de la prevención especial rehabilitadora o de reinserción social. Se trataría de una legislación de lucha o de guerra contra el enemigo cuyo único fin sería su exclusión o inocuización⁸⁴⁷. Por ello una característica de este tipo de Derecho penal es la desproporcionalidad de las penas⁸⁴⁸.

Las reformas en esta materia introducidas por la LO 7/2003, de 30 de junio, suponen una quiebra total con el sistema de individualización científica configurado por la legislación penitenciaria en su art. 72, caracterizado por sus notas de flexibilidad, individualización y dinamismo, una vuelta a un rígido sistema progresivo construido a partir del cumplimiento de determinados períodos temporales. De esta manera, y para este tipo de criminalidad, las condiciones de cumplimiento se van a hacer depender no de la evolución del interno —en muy poca medida— y sí del cumplimiento de una serie de plazos⁸⁴⁹.

Según **Muñoz Conde** al enemigo se le imponen gravísimas penas y se le recortan garantías del Estado de Derecho, abriéndose con ello una "*puerta por donde puede colarse sin darnos cuenta un derecho penal autoritario*"⁸⁵⁰. Por tanto, el Derecho penal del enemigo distingue entre delincuentes con derechos y delincuentes enemigos del Estado, estos últimos

⁸⁴⁷ SILVA SÁNCHEZ, J. M^a., *La expansión del Derecho penal*, Madrid., 2001, pág. 164

⁸⁴⁸ FARALDO CABANA, P., "Un derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales" en *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, Valencia, 2004, pág. 318 y ss.

⁸⁴⁹ RODRÍGUEZ IBÁÑEZ, A., "El modelo penitenciario español frente al terrorismo", *La Ley Penal* N° 65, Noviembre 2009, pág. 9

⁸⁵⁰ MUÑOZ CONDE, F., "¿Hacia un derecho penal del enemigo?", *Diario El País*, 15/1/2003, pág. 12

con menos o ningún derecho, vulnerando con ello las garantías inherentes al propio Estado de Derecho.

Este Derecho del enemigo puede dar lugar a un neorretribucionismo en el que la pena no esté realmente vinculada a la idea de proporcionalidad del delito cometido, sino que exprese en realidad un sentimiento de venganza que conduzca penas desproporcionadas o contrarias a la dignidad humana aumentando la prevención general puramente retributiva e intimidatoria. Como consecuencia surgen determinadas regulaciones del Derecho Penitenciario que, sin duda constituyen exponentes típicos del Derecho penal del enemigo. Entre ellas cabe mencionar las que endurecen las condiciones de clasificación de los internos, las que limitan los llamados beneficios penitenciarios, o las que amplían los requisitos de la libertad condicional⁸⁵¹.

Esta es la situación tenemos en España tras las reformas penales del año 2003, como es el caso de la Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, donde ha perdido terreno el pensamiento resocializador a favor de la inocuización, revalorizándose las funciones custodia y control; por lo que podemos afirmar, como dice **Arribas López**, que se ha introducido en nuestra legislación penitenciaria el *Derecho Penitenciario del enemigo*, que pretende la exclusión social del penado durante el mayor tiempo posible⁸⁵².

Como bien dice, Salás Darrocha⁸⁵³, la reforma operada suscita diversas reflexiones críticas, tanto de política criminal como de técnica legislativa. En cuanto a las primeras, no puede

⁸⁵¹ GRACÍA MARTÍN, L., “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho penal del enemigo”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, N° 07, consultada 2/11/2005

⁸⁵² ARRIBAS LÓPEZ, F., “Aproximación a un derecho penal del enemigo”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, N° 253, Año 2007, pág. 556

⁸⁵³ SALAS DARROCHA, J. T., “Notas Básicas de la LO 7/2003 para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas privativas de libertad, Sentencias de TSJ y otros tribunales”, *Editorial Aranzadi* N° 19, Pamplona 2003, pág. 9

menos que significarse la extrema dureza de la misma. Acorde con el sentido político de los tiempos y con ideas claramente importadas de la política criminal y penitenciaria norteamericana, la reforma produce un duro resultado penal, equiparable en muchos casos y en términos temporales a la de países que aún contemplan la cadena perpetua entre sus catálogos de penas, pues la inmensa mayoría de estos países contemplan a su vez mecanismos que de una y otra manera permiten la salida de esos penados en plazos iguales o incluso inferiores a los resultantes de la reforma operada por la LO 7/2003, de 30 de junio. De ahí a plantearnos la constitucionalidad de unas penas tan duras tan sólo hay un paso, aun conociendo la tibieza del Tribunal Constitucional en materia penitenciaria que nada nuevo anuncia sobre la posible inconstitucionalidad de la norma. La preferencia que el legislador ha otorgado en la Reforma a las finalidades de prevención general –la amenaza de una pena y la efectividad de ésta sobre un concreto autor ejercen una función disuasora en el resto de los ciudadanos respecto de la comisión de nuevos delitos– y derivado de ello, al puro retribucionismo, que no son, recordémoslo, los fines previstos en los art. 25.2 CE a las penas privativas de libertad que proclaman enfáticamente los principios de reeducación y reinserción social como fines propios de estas penas, y la existencia de un mandato contenido en el art. 15 del mismo texto prohibiendo las penas inhumanas y degradantes, parecen de difícil conciliación con la larga duración de las penas que ahora se definen.

Pensamos que estas modificaciones legislativas, que en sí mismas consideradas y en abstracto pueden verse como conciliables con el art. 25.2 CE, apuntan a ser irreverentes con su espíritu (forjado éste en una tradición de humanismo penitenciario de siglos) porque, articuladas conjuntamente, imposibilitan la verdadera reinserción, convirtiendo entonces la pena en trato inhumano y degradante, y, por otro lado, se antojan de dudosa eficacia antiterrorista porque le hacen el juego a la banda criminal propiciando lo que ésta quiere, que el “militante” encarcelado siga siendo soldado del pueblo y héroe de la causa. La identidad con el grupo, el saberse castigado por

pertenencia al mismo va a servir de acicate para que aquél no se abandone, sobre todo si se tiene en cuenta que se trata en la mayoría de los casos de delincuencia por convicción⁸⁵⁴. Por ello la *Propuesta de Veto número 3* presentada por dos senadores de Izquierda Unida afirmaba que “*estas medidas ni frenarán la delincuencia (como así lo demuestra la experiencia en sociología criminal comparada) ni reducirá el apoyo a ETA, organización que ante los ataques penales se compacta y endurece, mientras que ante la reinserción de sus ex miembros se debilita*”⁸⁵⁵.

Como consecuencia y para mayor desatino quiebra una filosofía de la rehabilitación social del recluso, fundada en el estudio particularizado del delincuente y sus circunstancias.

Por tanto, estos medios son, fundamentalmente, la modificación del límite máximo absoluto de cumplimiento de las penas privativas de libertad en el concurso real de delitos, que pasa de treinta a cuarenta años, y la creación de obstáculos para que determinados delincuentes accedan al tercer grado y la libertad condicional. Para llegar a este objetivo lo que se ha hecho es debilitar los principios de seguridad jurídica y de igualdad. En fin, nos encontramos ante un retorno a posiciones puramente retribucionistas que se limitan a una exasperación de la gravedad de las penas y de las condiciones de su ejecución⁸⁵⁶. Pero no por el mero hecho de aumentar aritméticamente las penas se reduce el índice de delincuencia⁸⁵⁷. Conclusión esta reforma pretende que la pena y la forma de cumplimiento sea

⁸⁵⁴ ACALE SÁNCHEZ, M., “Terrorismo, delincuencia organizada y sistema de penas”. En FARALO CABANA, P., (Dir.). *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Valencia. 2004, pág. 356

⁸⁵⁵ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Seri II, 9 de junio de 2003, N° 130, pág. 13

⁸⁵⁶ FARALDO CABANA, P., “Un derecho penal de enemigos...”, *op. cit.*, pág.339

⁸⁵⁷ KURY, H., *Sobre la relación entre sanciones y criminalidad, o ¿qué efecto preventivo tienen las penas?*, 2001, págs. 285 y ss.

*más costosa para el condenado*⁸⁵⁸, es decir, que sea cumplido *más efectivamente* en prisión.

De esta manera se configura un sistema de cumplimiento específico de mayor dureza para la delincuencia terrorista y organizada. Y ello se materializa no sólo con el establecimiento del cumplimiento íntegro, sino también con la elevación del máximo de cumplimiento a los 40 años, la no excepcionalidad del periodo de seguridad en el tercer grado, el endurecimiento de requisitos para el acceso al tercer grado y a la libertad condicional, y la eliminación de casi todos los beneficios penitenciarios⁸⁵⁹.

La incorporación del cumplimiento íntegro del art. 78 CP responde a la necesidad de establecer un equilibrio entre el cumplimiento de la condena orientada a la reinserción del interno y el principio de culpabilidad junto al carácter disuasorio de la pena que, en el caso de las reglas de la acumulación de condena pueden verse ampliamente mermados. De esta manera, el legislador del 2003 estaría cerrando el paso a los fines de reeducación y reinserción social respecto al cumplimiento de las condenas de terrorismo y delincuencia organizada, potenciando la aparición de otros fines, como son la prevención general negativa y positiva, o el retribucionismo y la inocuización a través de su mera retención y custodia⁸⁶⁰.

Este cumplimiento íntegro de la pena, con grandes dificultades para su desactivación, implica en la práctica una situación de una severidad considerable, que puede producir una

⁸⁵⁸ ACALE SÁNCHEZ, M., "Terrorismo...", *op. cit.*, pág. 379

⁸⁵⁹ Llegando de esta manera al derecho penitenciario la legislación de excepción ya existente en la legislación penal referida al terrorismo, como denuncia FARALDO CABANA, P., "Medidas premiales durante la ejecución de condenas por terrorismo y delincuencia organizada: consolidación de un subsistema penitenciario de excepción". *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Madrid, 2006, pág. 765

⁸⁶⁰ RODRÍGUEZ YAGÚE, A. C., "Las respuestas del Derecho penitenciario ante la delincuencia terrorista. ¿Hacia una prisión perpetua?". *Revista General de Derecho Penal* 13, 2010, págs. 16-17

doble punición en el sentido de endurecer sustancialmente las condiciones de cumplimiento de los condenados por terrorismo - y no de otros delitos también de gravedad-. Ello supone la lesión del principio de igualdad, dejando a estos sujetos fuera del acceso a las figuras que contempla la LOGP para la resocialización⁸⁶¹

Según **Nistal Burón** sería necesaria una armonización legislativa de los objetivos que la sociedad demanda de la pena privativa de libertad que permita combinar el modelo la “seguridad ciudadana” del Código Penal con el modelo “resocializador” de la legislación penitenciaria, con el fin de evitar que se aumente cada vez más la brecha que parece ir abriéndose entre la ley penal y su aplicación, por un lado, y lo que la mayoría social demanda, a través de sus representantes parlamentarios, como más razonable, por el otro⁸⁶².

4. Delincuencia organizada y terrorismo

Hasta la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, la criminalidad organizada solo podía perseguirse a través de la figura del “Delito de Asociación Ilícita” del art. 515 CPE⁸⁶³. Sin embargo, dicho precepto ha resultado ineficaz para castigar este tipo de criminalidad⁸⁶⁴, como ha puesto de manifiesto su escasa aplicación⁸⁶⁵.

⁸⁶¹ CERVELLÓ DONDERIS, V., “Los nuevos criterios...”, *op. cit.*, págs. 5 y ss.

⁸⁶² NISTAL BURÓN, J., “Delincuencia habitual y reincidente. El nuevo régimen de ejecución penal”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*. Nº 734/2007

⁸⁶³ CUENCA GARCÍA, M^a J., “La criminalidad organizada tras la reforma del código penal español: una visión desde el derecho penal italiano”, *Revista La Ley*, nº 93, 2012, pág. 62

⁸⁶⁴ QUINTERO OLIVARES, G., “La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita”, en FERRÉ OLIVÉ/ANARTE BORRALLA, *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Publicaciones de la Universidad de Huelva, 1999, pág. 181) ya rechazaba la hipótesis de que esa vieja figura penal pudiera servir para perseguir “cualquier especie de asociación que vaya a cometer o haya cometido delitos,

Esta idea es la que se recoge, de un lado, por la Fiscalía General del Estado, que en sucesivas Memorias ha considerado que la tipificación recogida en nuestro Código Penal no solo era insuficiente para reprimir el fenómeno de las organizaciones criminales, sino que, además, su interpretación restrictiva llevaba a su práctica inaplicación. De otro, por el Consejo General del Poder Judicial que destaca “la necesidad de que el legislador proporcione una definición autónoma de organización criminal” con los fines establecidos en sus preceptos.⁸⁶⁶

De todo lo anterior se deduce que las medidas legislativas que han dado entrada en el Código Penal a las específicas figuras delictivas que sancionan la pertenencia, no solo a una organización criminal, sino también a un grupo criminal, pretenden solucionar la declarada “ineficacia” del delito de asociación ilícita. Sin embargo, como observaremos a lo largo de estas páginas, ello no es así. Entre otras cosas, porque tras la reforma operada se mantiene la figura de la asociación ilícita (art. 515CPE) que, en principio, recoge fenómenos similares y, además, no desaparecen los subtipos agravados consistentes en la pertenencia del autor a una organización criminal, lo que generará “problemas de colisión normativa”⁸⁶⁷.

con plena independencia de la naturaleza de esos delitos”. Ello, “desprecia el sentido histórico de esta figura y conduce inexorablemente a una hipertrofia de la respuesta penal, aumentada por la añadida amplitud del concepto de asociación a efectos penales”. En el mismo sentido, GARCÍA RIVAS, N., “Organizaciones y grupos criminales”, en ÁLVAREZ GARCÍA, J. M^a., y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Valencia, 2010, pág. 505.

⁸⁶⁵ CHOCLÁN MONTALVO, J. A., “Criminalidad organizada. Concepto. La Asociación ilícita. Problemas de autoría y participación”, en GRANADOS PÉREZ (Dir.), *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 2001, pág. 255.

⁸⁶⁶ ACALE SÁNCHEZ, M., “Terrorismo...”, *op. cit.*, pág. 355, nota, 42

⁸⁶⁷ CUENCA GARCÍA, M^a J., “La criminalidad organizada tras la reforma del código penal español: una visión desde el derecho penal italiano”, *Revista La Ley* N^o 9, 2012, pág. 62

Para saber qué debemos entender por delincuencia organizada y terrorista, así como los grupos criminales de ambos tipos de delincuencia a que se refieren los arts. 36.2, 76 d) y el art. 78.3 CP para la clasificación en tercer grado es conveniente acudir a la Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal por la LO 5/2010 que determina los casos de delincuencia organizada y terrorista, así como los grupos criminales de estos tipos de delincuencia.

La reforma del art. 36 CP exige, como hemos visto, para los casos de penas privativas de libertad superiores a cinco años, el cumplimiento de al menos la mitad de la condena antes de poder obtener la clasificación en tercer grado en el caso delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.

Hay que comenzar indicando que el apartado 1 del art. 570 quater ha sido redactado de nuevo por la Disposición final segunda de la LO 3/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la LO 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (BOE de 29 de enero de 2011). Asimismo, la reforma llevada a efecto por LO 5/2010, de 22 de junio, ha ubicado las organizaciones y grupos terroristas de forma separada al resto de organizaciones y grupos criminales, en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II, dedicado a las organizaciones y grupos terroristas y a los delitos de terrorismo, diferenciando estas conductas de las tipificadas en el Capítulo VI del mismo Título en atención al elemento tendencial de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública.

La diversidad de fenómenos que pueden englobarse dentro de los conceptos de organización y grupo criminal y la necesidad de delimitar ambas figuras, diferenciándolas, al tiempo de los supuestos de codelincuencia o coparticipación, hace preciso ofrecer unos criterios de interpretación de estos conceptos que aseguren su aplicación uniforme.

Desde el punto de vista penitenciario se ha de tener en consideración en el momento de la clasificación o revisión de grado si el penado, que ha sido condenado en sentencia firme por delitos de terrorismo o por delitos cometidos en el seno de organizaciones delictivas, tiene aplicado el periodo de seguridad

del art. 36.2 CP y el art. 78 CP a efectos de la aplicación de las limitaciones temporales establecidas en dichos artículos para acceder al tercer grado, libertad condicional, permisos u otros beneficios penitenciarios. Con lo cual sólo con constar en la sentencia la condena por los delitos indicados se deben aplicar dichas limitaciones pero es conveniente analizar qué debemos entender actualmente por delincuencia organizada y terrorismo, pues como ya hemos indicado en otros apartados, es importante tener en cuenta la forma de comisión del delito y la implicación personal del penado dentro de la organización delictiva o terrorista, no es lo mismo ser el jefe que un simple miembro o puntual colaborador.

a) Concepto de organización delictiva

El art. 570 bis ofrece una definición auténtica de organización criminal al establecer en el párrafo segundo del apartado 1 que *se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas.*

El elemento estructural del tipo viene definido, además de por la pluralidad subjetiva -más de dos personas-, por dos notas delimitadoras: el carácter estable o por tiempo indefinido y la coordinación entre los miembros de la organización con reparto de roles.

Es esencial la nota de permanencia y estabilidad en el concepto de organización, de modo que la unión no ha de ser esporádica sino que ha de tener duración en el tiempo y debe estar vinculada por lazos estables o permanentes.

El concierto o coordinación entre los integrantes de la organización supone una cierta estructura organizativa adecuada para la comisión de los fines propuestos, de modo que la relación entre sus miembros y la distribución de funciones o roles estará vinculada a un esquema preestablecido, en muchas

ocasiones, de carácter jerárquico. Tal estructura organizativa representa una peligrosidad superior a la que supondría la actuación individual o la actuación conjunta no coordinada, pues el reparto predeterminado de tareas conlleva un incremento en la eficacia de la actuación conjunta y en las posibilidades de obstaculizar su persecución y lograr la impunidad.

El elemento tendencial supone que la organización debe tener por objeto la comisión de delitos, que en caso de ser especialmente graves son objeto de una cualificación punitiva, aunque también se contempla por el legislador como objetivo típico la perpetración reiterada de faltas.

El legislador ha pretendido que su ámbito de aplicación sea más amplio que el de los textos internacionales y alcance a las organizaciones dirigidas no sólo a la comisión de delitos graves y menos graves sino también a la comisión reiterada de faltas, por ser la lucha contra este tipo de pequeña delincuencia una de las finalidades político-criminales de la reforma, en la misma línea que la imposición en todo caso de la pena de localización permanente que ha de cumplirse en un centro penitenciario (art. 37 CP) para los autores de la nueva figura de la falta de hurto reiterado (art.623.1 CP).

En definitiva, según la Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado, las notas características que podrían servir para delimitar el concepto de organización criminal tipificado por el legislador en la LO 5/2010, de 22 de junio, son las siguientes:

a) Una pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad, que se concreta en tres o más. Se trata, por tanto, de un delito plurisubjetivo, en el que el sujeto activo está formado por la concurrencia de, como mínimo, tres personas, diferenciándose dos clases de autores, merecedores de distinto reproche penal, en función de la responsabilidad asumida en el marco de la organización.

b) La existencia de una estructura más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista, en la que por lo general deben poder reconocerse relaciones de jerarquía y disciplina,

entendiendo por tal el sometimiento de sus miembros a las decisiones de otro u otros de los miembros que ejercen la jefatura, y la definición y reparto de funciones entre sus miembros. Debe contar, pues, con la infraestructura adecuada para realizar un plan criminal que, por su complejidad o envergadura, no estaría al alcance de una actuación individual o incluso plurisubjetiva pero inorgánica. En cambio no se exige como requisito, ni un acto fundacional, ni una organización muy compleja, ni la adopción de una determinada forma jurídica, ni que se mueva en un amplio espacio geográfico, ni la existencia de conexiones internacionales.

c) Una consistencia o permanencia en el tiempo, en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio.

d) El fin de la organización ha de ser la comisión de delitos como producto de una “voluntad colectiva”, superior y diferente a la voluntad individual de sus miembros *lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar* (STS 745/2008, de 25 de noviembre y 41/2009, de 20 de enero).

A la hora de valorar las Juntas de Tratamiento si un interno ha cometido el delito dentro de una organización delictiva se debe acudir a la sentencia condenatoria y si en la misma se aplica esta circunstancia así ésta ha de tenerse en cuenta cuando se vaya a estudiar el tercer grado (no se les puede levantar el periodo de seguridad del art. 36.2 CP) o la libertad condicional anticipada a los 2/3 (no se les puede aprobar en base al art. 91.1 CP).

b) Concepto de grupo criminal.

El art. 570 ter 1 in fine CP define de forma auténtica el grupo criminal como *la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por*

finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas.

El concepto de grupo criminal se define, por tanto como una figura de carácter residual⁸⁶⁸ frente al de organización criminal, que si bien se asemeja a la organización en el sentido de conformarse por la unión de más de dos personas y tener por finalidad la perpetración concertada de delitos o reiterada de faltas, se construye sobre las notas negativas de no concurrencia de alguna o algunas de las características de la organización criminal, de modo que basta, pues, la no concurrencia de uno de los elementos estructurales del tipo de organización delictiva, para que nos encontremos ante un grupo criminal.

También el art. 1 de la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo de la Unión Europea ofrece una definición de “asociación estructurada”, de manera negativa, como *una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito ni que necesite haber asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, continuidad en la condición de miembro, o exista una estructura desarrollada*. En el mismo sentido define el “grupo estructurado” el art. 2 de la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada.

De este modo, se reducen los requisitos que caracterizan la organización delictiva, exigiendo sólo cierta permanencia (“formación no fortuita”), y una estructura básica que supone la actuación concertada de sus miembros pero que no requiere una asignación formal de funciones entre los distintos miembros del grupo, ni continuidad en la condición de miembro.

En definitiva, según la Circular 2/2011, para delimitar el ámbito del grupo criminal del de la organización criminal, la diferencia reside en la existencia de una estructura organizativa con vocación de permanencia o por tiempo indefinido en las organizaciones criminales, mientras que el grupo criminal puede

⁸⁶⁸ CUENCA GARCÍA, M^a J., “La criminalidad organizada...”, *op. cit.*, pág. 73

permanecer estable cierto tiempo en función del tipo de infracción criminal a que oriente su actividad delictiva (para la comisión de uno o varios delitos o la comisión reiterada de faltas) pero puede carecer de una estructuración organizativa perfectamente definida, o bien, puede contar con una estructura organizativa interna pero no perpetuarse en el tiempo.

En este sentido, cabe considerar comprendidos en la definición de grupo criminal, los supuestos de organizaciones “*de carácter transitorio*”⁸⁶⁹ o que actúan “aun de modo ocasional” que se habían venido incorporando en diversos subtipos agravados por pertenencia a organización criminal en la parte especial del Código Penal y sobre los que se había pronunciado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ofreciendo una interpretación restrictiva de tales supuestos, señalando que *no se requiere una organización estable, siendo suficiente una “mínima permanencia” que permita distinguir estos supuestos de los de mera codeincuencia. Cabe incluso la organización constituida para una operación específica, siempre que concurren los elementos propios de la organización criminal: un centro de decisiones y diversos niveles jerárquicos, con posibilidad de sustitución de unos a otros mediante una red de reemplazo que asegure la supervivencia del proyecto criminal con cierta independencia de las personas pues esto es lo que dificulta la prevención y persecución de los delitos cometidos por una organización criminal y agrava el daño ocasionado por la actividad, permitiendo hablar de una empresa criminal* (STS 1095/2001, de 16 de julio, con cita de las de 25-2-97 y 10-3-00 entre otras).

El preámbulo de la LO 5/2010 justifica la tipificación del grupo criminal, extramuros del concepto de organización criminal, a partir de la necesidad de responder a *otros fenómenos análogos muy extendidos en la sociedad actual, a veces extremadamente peligrosos o violentos, que no reúnen esos requisitos estructurales*. Por ello se definen los grupos

⁸⁶⁹ CUENCA GARCÍA, M^a J, “La criminalidad organizada...”, *op. cit.*, pág. 73

criminales en el art. 570 ter como *formas de concertación criminal que no encajan en el arquetipo de las citadas organizaciones, pero sí aportan un plus de peligrosidad criminal a las acciones de sus componentes*.

En último lugar nos referiremos a la figura premial del art. 570 quater 4 CPE, también prevista en la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo de la Unión Europea, que en su art. 4 insta a no aplicar o a reducir las sanciones cuando el autor del delito: abandone sus actividades delictivas, proporcione a las autoridades información que éstas no habrían podido obtener de otra forma, les ayude a impedir, acabar o a atenuar los efectos del delito, a identificar o procesar a los otros autores, a encontrar pruebas o, a impedir que se cometan otros delitos. Estas medidas ya tenían acomodo en nuestro ordenamiento en materia terrorista, art. 579.4 CPE y en relación al tráfico de drogas del art. 376 CPE⁸⁷⁰. En ambas se exige el abandono voluntario de la actividad delictiva, y la colaboración activa, como condiciones acumulativas.

Cuando no concurra alguna de estas dos acciones se aplicarán las circunstancias genéricas de atenuación. Así por ejemplo, si no se da el abandono voluntario pero se colabora facilitando la detención de otros partícipes en el delito tras su

⁸⁷⁰ La aplicación de estas normas ha sido escasa, exceptuando algunos pocos casos por narcotráfico. La causa se encuentra en la dificultad de reunir los requisitos exigidos, así el abandono voluntario de las actividades delictivas y la confesión de los delitos cometidos; lo habitual es que la colaboración se realice después de que el sujeto haya sido detenido e imputado. *Vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, La criminalidad organizada (...), ob. cit.,* pág. 195; ZARAGOZA AGUADO, J. A.: “Tratamiento penal y procesal de las organizaciones criminales en el Derecho Español. Especial referencia al tráfico ilegal de drogas” en SORIANO SORIANO, J. R. (Dir.), *Delitos contra la salud pública y contrabando, Cuadernos de Derecho Judicial*, Nº 5, CGPJ, Madrid, 2000, págs. 88 y ss. BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F.: «El colaborador con la justicia» en materia de delitos relativos al tráfico de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Análisis crítico de la presunta figura «premio» del art. 376 del Código Penal, en MORILLAS CUEVAS, S. L. (Coord.), *Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines*, Madrid, 2003, págs. 146 y ss.

detención puede dar lugar a la aplicación de la atenuante cuarta o quinta del art. 21 CP⁸⁷¹.

Sin embargo, como se desprende del precepto no se considera suficiente abandonar la actividad delictiva para que entre en juego la atenuación. Es preciso además que el fin del abandono o la colaboración vayan dirigidos a alguno de los siguientes fines⁸⁷²: a) obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables; b) impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o grupos a que haya pertenecido, es decir, en evitar su constitución, desarrollo o reorganización; y, c) evitar la perpetración de un delito que pudiera tratar de cometerse en el seno o a través de dichas organizaciones o grupos, esto es, se debe impedir cualquiera de las actuaciones que se realizaban en su seno. En relación a la delación, la colaboración debe encaminarse a la obtención de «pruebas decisivas», que según la doctrina permitan fundar una acusación, o conseguir una absolución o condena de los acusados. Lamarca apunta, sin embargo, que el término «prueba» no debe entenderse en su acepción procesal estricta, sino en el sentido más general, esto es, del medio que permite identificar o capturar a otros responsables. Es decir, proporcionar toda la información que se posea, así, por ejemplo, facilitando la detención de miembros ya imputados, como aportando nuevos nombres de miembros de la organización⁸⁷³.

⁸⁷¹ Debe considerarse que la jurisprudencia ha apreciado ambas atenuantes por analogía, según el art. 21.7 CPE, incluso con carácter cualificado cuando la confesión sea relevante para el descubrimiento de los hechos delictivos y para la identificación de sus intervinientes; de modo que, también se permite la rebaja de la pena, aunque el sujeto se preste a colaborar con la justicia una vez detenido, y no antes. *Vid.* ZARAGOZA AGUADO, “Tratamiento penal y procesal (...)”, *op. cit.*, págs. 91 y ss.; BENÍTEZ ORTÚZAR, “El colaborador con la justicia...”, *op. cit.*, págs. 140 y ss. Asimismo, SSTS 1918/2002, de 15 de noviembre; 923/2005, de 13 de julio; 70/2003, de 23 de enero; 405/2010, de 29 de abril.

⁸⁷² CUENCA GARCÍA, M^a J., “La criminalidad organizada...”, *op. cit.*, págs. 75-76

⁸⁷³ LAMARCA PÉREZ, C. en GARCÍA RIVAS, N., “Organizaciones y grupos criminales”, *op. cit.*, pág. 516

Las normas que recogen la figura del “arrepentido” han tenido especial interés sobre todo en el campo de la criminalidad organizada que se refiere, por lo general, a delitos de especial gravedad y, además, a delitos “de difícil esclarecimiento dadas las características propias de las organizaciones criminales: complejidad, hermetismo e intimidación de los posibles testigos”⁸⁷⁴. Desde un punto de vista político-criminal estas normas responden a razones de conveniencia y utilidad. De un lado, contribuyen a evitar futuros delitos, al propiciar el desmantelamiento de la organización; de otro, permiten esclarecer los delitos cometidos, facilitando la condena de los culpables⁸⁷⁵.

Sin embargo, el mayor problema que plantea la figura del arrepentido es su posición procesal, en la que se mezclan sus obligaciones como testigo y sus derechos como imputados. Este conflicto ha sido objeto de consideración por parte del Tribunal Constitucional, que con relación al valor y la eficacia probatoria de la declaración inculpativa de un coimputado afirma «*que cuando su declaración es la única prueba de cargo no se le considere con consistencia plena si no es corroborada por otras o por otros elementos de prueba*»⁸⁷⁶. En la misma línea se

⁸⁷⁴. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., *La criminalidad organizada...*, op. cit., pág. 183. En el Derecho italiano se cuenta con normas premiales para los delitos de asociación terrorista y de tipo mafioso, así como para el tráfico de drogas y la asociación dirigida a cometer este delito. Como destaca PALAZZO (“La Mafia hoy: evolución criminológica y legislativa”, en FERRÉ OLIVÉ, J.C. y ANARTE BORRALLA, E., *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Publicaciones de la Universidad de Huelva, 1999, pág. 174), aunque los problemas creados por las normas sobre los arrepentidos son numerosas, “es innegable la decisiva contribución de los arrepentidos para superar la tradicional dificultad de prueba en la investigación de los delitos mafiosos”.

⁸⁷⁵. BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., *El colaborador con la justicia*, Madrid, 2004, pág. 135.

⁸⁷⁶ SSTC, entre otras, 237/2002, de 9 de diciembre; 70/2002, de 3 de abril. En la misma línea se ha pronunciado el Tribunal Supremo, Vid. GRANADOS PÉREZ, C.: “La criminalidad organizada: aspectos sustantivos, procesales y orgánicos”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, II-2001, págs. 96 y ss.

pronuncia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que en un caso contra Italia —Sentencia n.º 120, de 6 de abril de 2000 (Caso Labita contra Italia)— reconoce «*que la colaboración de los “arrepentidos” representa un instrumento muy importante en la lucha que las autoridades italianas llevan a cabo contra la mafia, pero que el uso de sus declaraciones son susceptibles de ser el resultado de manipulaciones, de perseguir únicamente el objetivo de acogerse a los beneficios que la ley italiana concede a los “arrepentidos” o incluso de constituir venganzas personales*».

De manera que, en el mismo sentido que los Tribunales italianos, se exige que las declaraciones de los «arrepentidos» sean corroboradas por otros elementos de prueba objetivos⁸⁷⁷. Los principales problemas que se destacan en ese país son, en primer lugar, que existe un alto riesgo de que la investigación se apoye sobre declaraciones de los arrepentidos, resultando gravemente condicionadas. Y, existiendo el riesgo de que la propia investigación sea dirigida por la mafia, mediante el uso hábil de los arrepentidos «pilotados». En segundo lugar, que la colaboración procesal por parte de los arrepentidos se incentiva a condición de que, a ellos y a sus familiares, el Estado les ofrezca una protección que alcance su cobertura y mantenimiento. Frente a ello, la opinión pública considera que las normas de favor para los arrepentidos contienen, en realidad, una gran injusticia⁸⁷⁸.

Finalmente, su utilidad se pone en cuestión frente a los escasos y poco satisfactorios resultados que se han dado en la práctica. En Italia, donde ha habido un gran desarrollo y aplicación, los resultados han sido contradictorios, mientras que

⁸⁷⁷ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., *La criminalidad organizada*, , op. cit, págs. 199 y ss.

⁸⁷⁸ PALAZZO, FRANCESCO, “*De la Mafia hoy: evolución criminológica y legislativa*” en FERRÉ OLIVÉ, J.C. y ANARTE BORRALLA, E., *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Publicaciones de la Universidad de Huelva, 1999, pág. 174. Más amplio en LUPO SALVATORE, *Historia de la Mafia desde sus orígenes hasta nuestros días*, México, 2009

en España se ha constatado su escasa aplicación frente a la rigidez de los requisitos exigidos⁸⁷⁹.

c) Organizaciones y grupos terroristas

La reforma del Código Penal por LO 5/2010, de 22 de junio, ha ubicado las organizaciones y grupos terroristas en la Sección 1ª del nuevo Capítulo VII del Título XXII del Libro II, que lleva por rúbrica *de las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo*, a la vez que recoge los delitos instrumentales de terrorismo en la Sección 2ª del mencionado Capítulo VII del Título XXII, que integra los arts. 572 a 580 CP, y suprime la tipificación de las bandas armadas, organizaciones y grupos terroristas como delito de asociación ilícita (arts. 515. 2 y 516 CP derogados por LO 5/2010).

El art. 571 CP describe las conductas de dirección y pertenencia a organización o grupo terrorista en los siguientes términos:

1. Quienes promovieren, constituyeren, organizaren o dirigieren una organización o grupo terrorista serán castigados con las penas de prisión de ocho a catorce años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de ocho a quince años.

2. Quienes participaren activamente en la organización o grupo, o formaren parte de los mismos, serán castigados con las penas de prisión de seis a doce años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a catorce años.

3. A los efectos de este Código, se considerarán organizaciones o grupos terroristas aquellas agrupaciones que, reuniendo las características respectivamente establecidas en el párrafo segundo del apartado 1 del art. 570 bis y en el párrafo

⁸⁷⁹ MUSCO, E., “Los colaboradores de la justicia entre el pentitismo y la calumnia: problemas y perspectivas”, *Revista Penal*. N° 2, 1998 (Trad. SÁNCHEZ LÓPEZ, V.), págs. 38 y ss.; BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., “El colaborador con la justicia”, *op. cit.*, págs. 79 y ss.

segundo del apartado 1 del artículo 570 ter, tengan por finalidad o por objeto subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública mediante la perpetración de cualquiera de los delitos previstos en la Sección siguiente.

El terrorismo se caracteriza en nuestra legislación por requerir la presencia de dos elementos: de un lado, un elemento estructural u organizativo y de otro, un elemento teleológico, pues se precisa que las organizaciones o grupos terroristas, dotados de una articulación idónea a sus objetivos, actúen con una finalidad específica, en concreto la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública.

La reforma ha incorporado una definición de organización y grupo terrorista, remitiéndose a los conceptos generales de organización y grupo criminal tipificados en los arts. 570 bis y 570 ter CP, eliminando la antigua referencia a “banda armada”, si bien tales modificaciones no afectan al concepto típico en cuanto al programa colectivo de la organización y a la definición del elemento instrumental del terrorismo.

Cabe destacar que si bien el nuevo art. 571 CP establece una distinción conceptual entre organización y grupo, sin embargo anuda la misma consecuencia penológica para las conductas de integración y/o dirección de organización terrorista y las de integración y/o dirección de grupo terrorista, manteniendo la misma respuesta penal que ha venido dando la jurisprudencia, que venía interpretando asimismo de manera unitaria los conceptos de banda armada, organización y grupo terrorista.

La Exposición de Motivos de la LO 5/2010 explica el fundamento de la equiparación en el tratamiento punitivo de los tipos penales de organización y grupo terrorista, *en atención a la gravedad intrínseca de la actividad terrorista, considerada como la mayor amenaza para el Estado de Derecho, así como a la peculiar forma de operar de determinados grupos o células terroristas de relativamente reciente desarrollo en el plano internacional, cuyo grado de autonomía constituye precisamente un factor añadido de dificultad para su identificación y desarticulación.*

En materia de terrorismo, la especial gravedad de las acciones violentas cometidas tanto por organizaciones como por grupos terroristas, así como la peligrosidad para el orden democrático que tales actuaciones implican, unido a la utilización del terror como estrategia de comunicación, es justificación suficiente para que se otorgue la misma respuesta punitiva a la organización terrorista de carácter estable que al grupo terrorista de carácter temporal que se constituye puntualmente para la comisión de atentados concretos, de modo que la preparación, planificación y ejecución de los concretos atentados criminales es obra exclusiva de quienes integran el grupo o célula terrorista.

Así, frente a las organizaciones terroristas tradicionales, asentadas sobre el principio jerárquico y dotadas de una estructura mucho más piramidal, el terrorismo internacional se expande por todo el mundo a través de pequeñas células o grupos autónomos de una gran flexibilidad que se comunican, se adoctrinan, se alimentan ideológicamente e intercambian sus experiencias a través de las nuevas tecnologías, sin dependencia ni relación jerárquica alguna entre ellas más allá de una intensa vinculación ideológica.

5. El tercer grado de terroristas y miembros delincuencia organizada

Como estamos viendo con las reformas de la LO 7/2003, de 30 de junio, ganan posiciones la prevención general no sólo de manera intimidatoria o negativa, sino también como forma de transmisión de sentimiento de seguridad y confianza—, la prevención especial solamente en su versión inculpativa y, de manera importante, la retribución, desbancando y, en ocasiones, suprimiendo, el fin resocializador de las penas de prisión. Se está lejos en la actualidad, pues, de la voluntad originaria del legislador penitenciario que, en 1979, optó por no condicionar el cumplimiento de la condena más que al proceso de consecución del fin primordial asignado a la pena de prisión, la reeducación y reinserción social y, por tanto, y salvo alguna excepción, descartó establecer distinciones en la clasificación,

modulaciones regimentales o beneficios —entendidos en un sentido amplio: comunicaciones, visitas, libertad condicional y en un sentido estricto: redención de penas por el trabajo, adelantamiento de libertad condicional e indulto— en función del delito cometido por el recluso⁸⁸⁰.

El legislador opta en 2003 por dar una nueva vuelta de tuerca al sistema de cumplimiento de las penas de los condenados por terrorismo. En su reforma del art. 78, la Ley 7/2003, de 30 de junio, introduce la obligatoriedad de la adopción del sistema de cumplimiento íntegro en los casos de elevación del máximo de cumplimiento efectivo de la condena establecidos en el art. 76 —entre los que se incluye el terrorismo—, eso sí, cuando la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas. Además, aunque sigue permitiendo que el JVP pueda desactivar este régimen específico y volver al general, en el caso de los delitos de terrorismo y delincuencia organizada introduce unos requerimientos temporales de cumplimiento específicos. De esta manera se configura un sistema excepcional de cumplimiento específico de mayor dureza. Ello supone, añadida, la lesión del principio de igualdad, dejando a estos sujetos fuera del acceso a las figuras que contempla la LOGP para la resocialización. No debemos olvidar, por último, el riesgo implícito en la utilización de medidas legislativas de carácter excepcional para este tipo de delincuencia, que puede producir un efecto perverso a la vez que contraproducente, como es la justificación del terrorismo como delincuencia de carácter político.

Según la Exposición de Motivos de la LO 7/2003, de 30 de junio: *"Los condenados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales para acceder al tercer grado es necesario que muestren signos inequívocos de haber abandonado la actividad terrorista, colaborando activamente con las autoridades en la lucha contra el terrorismo para la obtención de pruebas o la identificación de*

⁸⁸⁰ RODRÍGUEZ IBÁÑEZ, A., "El modelo penitenciario español frente al terrorismo", *La Ley Penal* N° 65, Noviembre 2009, pág. 1

otros terroristas, en los términos previstos en la Decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo".

Para el caso de penados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, el art. 72.6 LOGP, siguiendo las previsiones contenidas en la Decisión marco del Consejo Europeo de 13 de junio de 2002, sobre lucha contra el terrorismo, impone que, junto a los requisitos anteriores, los citados penados muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y, además, hayan colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades. De hecho, el Ministro de Justicia en su defensa de la LO 7/2003 dijo que era fundamental la exigencia de la colaboración activa de los terroristas⁸⁸¹.

Según **Ríos Martín** es una incorrecta comprensión del art. 6 de la citada decisión marco, pues éste no condiciona la libertad a la delación, sino que obliga a prever en las legislaciones la figura del arrepentido y a tener en cuenta la colaboración activa para la determinación de la pena a imponer, pero no durante la ejecución de la misma, por lo cual para el citado autor con el pronóstico favorable es suficiente conforme al espíritu del

⁸⁸¹ Diario de sesiones del Congreso del los Diputados, Comisión de Justicia e Interior, 6-3-2003, núm. 232

instituto de la libertad condicional⁸⁸². Ahora, en la legislación penitenciaria aquello que era un refuerzo positivo se convierte en un requisito *sine qua non* para acceder al tercer grado y a la libertad condicional. Exigir la delación para poder recibir *a cambio* un tercer grado y una libertad condicional parece que supone insuflar a las instituciones de un mercantilismo contrario a los criterios científicos que deben presidir la ejecución penal y el tratamiento penitenciario.

Esta nueva regulación parece estar inspirada en la legislación italiana, que impide la aplicación de medidas alternativas a la prisión para los “irreductibles” por el mero hecho de la falta de colaboración⁸⁸³.

La LO 7/2003, de 22 de junio reformó la LOGP estableciendo en el art. 72.6 que: *“La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título V del XXII del libro II del Código Penal o cometidos en el seno de organizaciones criminales, requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal, la satisfacción de la responsabilidad civil con sus rentas y patrimonio presentes y futuros en los términos del apartado anterior, que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y además hayan colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa*

⁸⁸² RÍOS MARTÍN, J. C., *Manual de...*, *op. cit.*, págs. 103-104

⁸⁸³ FARALDO CABANA, P., “Un derecho penal para enemigos...”, *op. cit.*, pág. 325

de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades”.

Como bien indica **Manzanares Samaniego** el largo párrafo abandona la flexibilidad de la clasificación para imponer sus criterios. El pronóstico de reinserción social conecta directa y exclusivamente con dos circunstancias: de un lado, los signos inequívocos de haberse abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista; y, de otro, una colaboración activa cuyas manifestaciones se abren en abanico según detalla a continuación el propio precepto. Ciertamente, la voluntad de “vivir respetando la Ley penal” (art. 59.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria) y de llevar en el futuro “una vida sin delitos” (art. 61.1) no presupone necesariamente la colaboración activa que esta novedad demanda⁸⁸⁴.

Según **Téllez Aguilera**⁸⁸⁵ el error es grave por su total desenfoque, la problemática de los internos terroristas y pertenecientes a organizaciones delictivas no se sitúa en el tercer o cuarto grado, sino en el primero. La solución la teníamos ya, y la seguimos teniendo, en el art. 102.5 apartado c) del Reglamento penitenciario que establece como factor determinante de la clasificación en primer grado *“la pertenencia a organizaciones delictivas o bandas armadas, mientras no muestren en ambos casos, signos inequívocos de haberse sustraído a la disciplina interna de dichas organizaciones o bandas”*. Hasta que tal desvinculación no se produzca el sujeto denota una peligrosidad que hace que su clasificación deba ser el primer grado, lo que convierte de todo punto baladí cualquier reflexión sobre su régimen abierto o libertad condicional. Producida aquélla la ejecución penal debería guiarse por los

⁸⁸⁴ MANZANARES SAMANIEGO, J. L. “Política penitenciaria, legislación y terrorismo”, *Diario La Ley* Nº 7868 29/5/2012, pág. 9

⁸⁸⁵ TÉLLEZ AGUILERA. A., “La ley de cumplimiento...”, *op. cit.*, pág. 4

mismos criterios de objetividad y científicidad que informan la de cualquier otro interno, sin mayores exigencias.

El CGPJ en su informe a la LO 7/2003, de 30 junio, indicó: *“También este requisito debe ser entendido en el sentido de signo inequívoco de resocialización, y por tanto debe referirse a la posibilidad de una colaboración exigible al penado, y no como condición necesaria para el acceso a la libertad condicional entendida en términos de eficacia policial. En este sentido no supone la instrumentalización del penado sino una mera condición objetivable para formular el juicio pronóstico favorable en el caso de autores de delitos de terrorismo, y se refiere, por tanto, a la prevención especial”*.

Por ello, la fórmula escogida en la redacción del art. 72.6 LOGP, según el CGPJ, no es clara en el sentido de que es preciso que los condenados por delitos de terrorismo o por delitos realizados en el seno de una organización criminal presenten signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, colaborando activamente con las Autoridades cuando puedan con su aportación impedir la producción de otros delitos atenuar los efectos de su delito, o colaborar en la identificación de otros integrantes de la organización y en la obtención de pruebas sobre las referidas organizaciones. Hay que tener en cuenta que es posible que el penado por estos delitos, después de algunos años de cumplimiento no pueda proporcionar información eficaz sobre los extremos anteriores, por lo que la colaboración con resultado positivo no puede convertirse en requisito *sine quae non* para el disfrute de tercer grado.

Por tanto, concluye el CGPJ, el requisito, para satisfacer las exigencias que derivan del art. 25.2 CE, debe ser entendido en el sentido de que la prognosis de reinserción social no puede ser favorable cuando el penado, pudiendo hacerlo, no colabora activamente en paralelo con el interés social en la persecución de delitos especialmente reprochables, de gran contenido de injusto y repulsa común. Puede decirse que la resocialización en estos casos no es la adecuada.

Pero según la Exposición de Motivos: "*La mera desvinculación de la banda u organización no es suficiente, pues la ausencia de colaboración, con la consiguiente reserva de información eficaz, es un signo claro de que el penado aún no ha tomado conciencia de la necesidad de contribuir a la finalización de tan graves ilícitos por otros integrantes de la organización*".

Para **Cervelló Donderis**⁸⁸⁶ el art. 72.6 LOGP, que regula el acceso al tercer grado de este tipo de penados, exige que se muestren signos inequívocos de abandono de los fines y medios terroristas y colaboración activa con las autoridades, para acreditar este último requisito basta con que cumpla una de las siguientes circunstancias:

- impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista
- atenuar los efectos de su delito
- identificar, capturar y procesar a los responsables de los delitos terroristas
- obtener pruebas

Estamos totalmente de acuerdo que el abandono del terrorismo o de la delincuencia organizada siempre es posible pero la colaboración, como dice el CGPJ no lo es, puesto que el penado puede ser simplemente un colaborador o un terrorista de base que no tiene ningún tipo de información, o la que tiene por el paso del tiempo ya está desfasada, después de más de treinta años en prisión poca información podrá tener. Pero esta colaboración activa que se pide después de pasar 32 años en prisión para acceder al tercer grado o de 35 años para salir en

⁸⁸⁶ CERVELLÓ DONDERIS, V., "Los nuevos criterios...", *op. cit.*, págs. 20-21 Agencia EFE, 22/3/20012: El Secretario General de Instituciones Penitenciarias, Ángel Yuste, reconoció que resulta "más complicado" cumplir la exigencia de una colaboración activa con la Justicia que, a su juicio, solo puede exigirse al preso que está en condiciones de colaborar porque conoce atentados por resolver.

libertad condicional lo más probable es que no se pueda llevar a cabo por mucho que el penado lo quiera⁸⁸⁷.

Estos especiales requisitos, cuya finalidad es dejar de aplicar un régimen excepcional de ejecución penal para asimilarse en cierta medida al general, carecen de justificación, al margen de las dificultades reales de comprobación. Respecto a lo primero, la exigencia de una declaración expresa de repudio de las actividades delictivas y de petición de perdón supone una intervención no legítima en la libertad ideológica del sujeto⁸⁸⁸, a la vez que crea diferentes categorías de víctimas, se obliga al sujeto a llevar un comportamiento que puede implicar situaciones de riesgo personal, e incorpora además elementos más propios de la moral como el arrepentimiento que difuminan aún más el contenido de la idea de reinserción que debe limitarse a que el sujeto no cometa delitos en el futuro. Las labores de colaboración en el impedimento de nuevos delitos o actuación contra miembros de la banda, además de poder suponer una instrumentalización del recluso⁸⁸⁹, y el premio a una conducta reprobable, en muchos supuestos va a ser de difícil materialización pues la información necesaria al respecto no la va a disponer un condenado por terrorismo en proceso de alejamiento y desvinculación de la organización terrorista. Su no exigencia para el resto de delitos supone además una vulneración del principio de igualdad⁸⁹⁰ y del concepto ya

⁸⁸⁷ Agencia EFE, 22/3/20012: El Secretario General de Instituciones Penitenciarias, Ángel Yuste, reconoció que resulta “más complicado” cumplir la exigencia de una colaboración activa con la Justicia que, a su juicio, solo puede exigirse al preso que está en condiciones de colaborar porque conoce atentados por resolver.

⁸⁸⁸ CERVELLÓ DONDERIS, V., “Los nuevos criterios...”, *op.cit.*, págs. 5 y ss.

⁸⁸⁹ Lo que el CGPJ en su dictamen sobre la reforma trató de salvar afirmando que esta colaboración debía interpretarse “en el sentido de signo inequívoco de resocialización, y por tanto debe referirse a la posibilidad de una colaboración exigible al penado, y no como condición necesaria para el acceso a la libertad condicional entendida en términos de eficacia policial”.

⁸⁹⁰ JUANATEY DORADO, C. “La Ley de Medidas de Reforma ...”, *op. cit.*, págs. 5 y ss.

defendido con anterioridad de reinserción como abandono de la actividad delictiva sin la exigencia de adopción de una determinada opción ideológica. Como bien indica **Gimbernart Ordeig** no tiene nada que ver la reinserción social con la colaboración activa con las autoridades⁸⁹¹.

Por otro lado, si al penado por delitos de terrorismo se le aplicó la figura del *terrorista arrepentido* (art. 579.4 CP)⁸⁹², y ya colaboró activamente con la justicia se entiende que tiene este requisito cumplido, pero aún así tendrá que esperar a cumplir los plazos fijados en el art. 78 CP. Por tanto es un requisito incongruente con la atenuación de la pena prevista en el art. 579.4 CP para los supuestos de abandono voluntario de las actividades delictivas y la colaboración activa con las autoridades para el impedimento de otros delitos e identificación o captura de responsables, puesto que se permite rebajar a quien colabore de esta manera la pena en uno o dos grados, teniendo por tanto el pronóstico favorable de reinserción social y, en cambio, no puede acceder al tercer grado -ni a la libertad

⁸⁹¹ GIMBERNART ORDEIG, Prólogo a la novena edición del *Código Penal*. 2004, págs. 366-367, considera que hay que conformarse “con que el condenado no vuelva a colaborar activamente con la organización, lo que no es lo mismo que exigirle que colabore activamente con la Administración de justicia”. “*Es perfectamente compatible hallarse socialmente reinsertado, estar dispuesto a llevar una vida honesta alejado del crimen, querer incorporarse, como facultativo, en un lejano rincón de África, a, digamos ‘Médicos sin fronteras’, y, sin embargo, negarse a colaborar –por miedo, o por razones bien o mal entendidas de conciencia- para la detención de otros miembros de una organización que ahora tal vez detesta*”.

⁸⁹² Art. 579.4 CP: “En los delitos previstos en esta sección, los Jueces y Tribunales, razonándolo en sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito de que se trate, cuando el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en que haya participado, y además colabore activamente con éstas para impedir la producción del delito o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de organizaciones o grupos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado”.

condicional⁸⁹³ - por no haber cumplido el periodo de seguridad⁸⁹⁴ o las limitaciones establecidas por el art. 78 CP.

Si ya es criticable que el Código Penal atenúe la pena por la delación, el que ahora se condicione la clasificación en tercer grado a este mismo dato, no puede ser más que rechazada⁸⁹⁵.

Todo ello nos lleva la conclusión de que lo pretende el legislador de 2003 es el cumplimiento íntegro y efectivo de la pena por los terroristas en régimen cerrado u ordinario, recordemos que en el Anteproyecto original el Gobierno no había previsto ninguna excarcelación anticipada para este tipo de delincuencia y que si posteriormente lo hizo fue para salvar la constitucionalidad de esta ley.

Según **Téllez Aguilera** el legislador ha redactado un art. 72.6 LOGP harto nada claro, y que, en muchas ocasiones, los criterios a valorar se encuentran fuera del ámbito penitenciario, lo que exigirá una oportuna información al respecto para que, por ejemplo, las Juntas de Tratamiento puedan valorar el abandono del terrorismo o delincuencia organizada y la colaboración con las autoridades policiales o judiciales⁸⁹⁶.

Señala **Ferrajoli**⁸⁹⁷ que: "*dotar de relevancia penal a las opiniones políticas del acusado y... exigir un diagnóstico sobre su conciencia, contradice el primer postulado del liberalismo moderno: la libertad interior de la persona, garantizada por el carácter externo y material de los hechos juzgables y por la prohibición del castigo de los actos internos*". Y aunque puede

⁸⁹³ Respondiendo ambas figuras a instituciones que persiguen fines muy diferentes, utilitarista en el caso del art. 579.4 CP y retributivo en la libertad condicional. RENART GARCÍA, F., *La libertad condiciona...*, *op. cit.*, pág. 189. De lo que se deduce que el único fundamento de esta exigencia es el castigo. ACALE SÁNCHEZ, M., "Terrorismo...", *op. cit.*, pág. 365.

⁸⁹⁴ RODRÍGUEZ IBÁÑEZ, A., "El modelo penitenciario...", *op. cit.*, pág. 14

⁸⁹⁵ ACALE SÁNCHEZ, M., "Terrorismo...", *op. cit.*, pág. 366

⁸⁹⁶ TÉLLEZ AGUILERA, A., "La ley de cumplimiento...", *op. cit.*, pág. 3

⁸⁹⁷ FERRAJOLI, L., "La legge sulla dissociazione: un nuovo prodotto della cultura dell'emergenza", *Questione Giustizia*. Nº 2, 1987, pág. 271

alegarse que, en efecto, es relevante para efectuar el pronóstico de reinserción el que el sujeto esté desvinculado de la banda o el grupo terrorista y haya abandonado los fines y los medios terroristas, lo cierto es que las tasas de reincidencia de condenados a penas graves por delitos de terrorismo que no se han desvinculado formalmente de la banda es muy baja, por no decir inexistente. Por lo demás, la acreditación de la desvinculación puede hacerse por cualquier medio, como se desprende de la fórmula utilizada, "lo que podrá acreditarse", que deja abierta la posibilidad de emplear medios distintos de los citados a título ejemplificativo.

Según **Manzanares Samaniego** los “signos inequívocos” y los comportamientos activos— “*podrá acreditarse* mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito”. No se entiende bien que tales exigencias puedan acreditarse con una declaración que sustituiría a los mencionados “signos inequívocos” y que, como es lógico, nada tiene de colaboración activa en la lucha contra el terror. Y algo similar cabe decir de la petición de perdón no prevista en los requisitos iniciales, convertida ahora en una mera formalidad de escaso valor para el pronóstico que el sistema de individualización científica demanda⁸⁹⁸.

Las fórmulas de acreditación mencionadas son muy discutibles ya que la declaración expresa de repudio y el perdón de las víctimas no respetan la libertad ideológica individual, y la desvinculación de la organización terrorista tiene mecanismos de prueba muy reducidos como puedan ser el distanciamiento físico de otros miembros de la organización o el control de sus comunicaciones, visitas o remotos permisos de salida⁸⁹⁹. Para acreditar esta desvinculación el penado no debería tener contacto con ninguna persona que tenga cierta vinculación con grupos radicales pero el problema surge cuando alguno de éstos son

⁸⁹⁸ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., “Política penitenciaria...”, *op. cit.*, pág. 9

⁸⁹⁹ RENART GARCÍA, F., *La libertad condicional...*, *op. cit.*, págs. 166-168

familiares cercanos (hijos, padres...) con lo cual el impedir las comunicaciones con ellos no nos parece que sea lo más razonable.

Para **Cervelló Donderis**⁹⁰⁰, el requisito del arrepentimiento y petición de perdón resulta desproporcionado e injusto porque entra en aspectos morales y cambio de valores lo que no encaja en una resocialización dirigida a los actos no a los pensamientos. En esta misma línea se pronuncia **Tamarit Sumalla** diciendo que la "*petición expresa de perdón a las víctimas del delito*" tiene connotaciones moralistas⁹⁰¹; y además todo ello no garantiza que sea verdad, debería haber criterios más objetivos para acreditar el abandono de los fines o medios terroristas, valorando sobre todo su conducta penitenciaria que demuestre esa desvinculación con los grupos terroristas o de delincuencia organizada, aunque aquí, entendemos que habrá que tener en cuenta también el riesgo personal jurídicamente inexigible que puede correr el penado si manifiesta públicamente su alejamiento del terrorismo o de la delincuencia organizada. La petición expresa de perdón a las víctimas, sin embargo sí que puede alcanzar objetivos muy positivos si se enmarca dentro de un programa de tratamiento dirigido a asumir el delito, potenciar la empatía hacia la víctima, y desarrollar la responsabilidad por el daño causado⁹⁰².

Respecto a la acreditación del perdón a las víctimas cabe decir que la única declaración relevante debería ser la que versa sobre el abandono de la violencia, puesto que lo esencial no es rechazar la conducta anterior, sino comprometer la conducta futura. Como se ha indicado en la doctrina, resocializar "*ha de*

⁹⁰⁰ CERVELLÓ DONDERIS, V., "Los nuevos criterios de...", *op. cit.*, pág. 21. En el mismo sentido se pronuncia en *Derecho Penitenciario* 2ª Edición, *op. cit.*, págs. 147-149

⁹⁰¹ GARCÍA ALBERO, R. y TAMARIT SUMALLA, J. M^a., *La reforma de...*, *op. cit.*, pág. 125

⁹⁰² CERVELLÓ DONDERIS, V., "Responsabilidad civil y tratamiento penitenciario" dentro de la obra *Derecho penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones*, CGPJ, Madrid, 2007, pág. 115

*entenderse como intentar que en un futuro un sujeto no vuelva a cometer delitos en la sociedad con independencia de que piense en su foro interno de una manera u otra*⁹⁰³. Por tanto, desde una perspectiva coherente con los fundamentos de un Estado democrático⁹⁰⁴, cuando el integrante de un grupo terrorista “abandona la organización y, sobre todo, firma una declaración pública de renuncia a la violencia y asunción del compromiso de integración en la convivencia democrática y pacífica, la ‘resocialización’ puede considerarse conseguida”⁹⁰⁵. En este sentido, no compartimos la opinión de quienes opinan que la reinserción no es posible en relación con el terrorismo puesto

⁹⁰³ ACALE SÁNCHEZ, M., “Terrorismo...”, *op. cit.*, pág. 366. En el mismo sentido PÉREZ CEPEDA, A. I. “Cuestiones sobre la reinserción en materia de terrorismo” en FABIÁN CAPARROS, D. y DIEGO DÍAZ- SANTOS, M^a. R., (Coords.). *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, 1995, págs. 239, 246-247. Y FARALO CABANA, P., “Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. LO 7/2003, de 30 de junio de medidas para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas. En *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, .Valencia, 2004, págs. 299-340.

⁹⁰⁴ Como establece FERRACUTI, FRANCO, “Consecuencias morales, sociales y políticas del terrorismo. Campo, Salustiano del (dir.); *Terrorismo Internacional*, Instituto de Cuestiones Internacionales, Madrid, 1984, pág. 172: “el aspecto que rechazamos del terrorismo es solamente el uso de la violencia, por lo que en una democracia occidental, no son las ideas en sí (...), sino el hecho de que alguien usa la violencia para imponerlas a los demás”, lo que debe censurarse. Por tanto, lo único relevante es “que el terrorista deje de usar el terror (...), renunciar a la violencia”. Por su parte, FERRAJOLI, LUIGI en “La legge sulla dissociazione: un nuovo prodotto Della cultura dell’emergenza” en *Questione di giustizia*. N° 2, 1987, pág. 271, considera que exigir un diagnóstico sobre la conciencia de un penado, “contradice el primer postulado del liberalismo moderno: la libertad interior de la persona, garantizada por el carácter externo y material de los hechos juzgables y por la prohibición del castigo de los actos internos”.

⁹⁰⁵ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Atenuación, remisión de la pena e indulto de los miembros de grupos criminales”, *Cuadernos de Política Criminal*.1986. N° 30, pág. 598. Y, es que, como apunta PORTILLA CONTRERAS, *Diario El País*, 31/12/2002.: lo contrario, es decir, condicionar los beneficios penitenciarios a actos de arrepentimiento moral, “se identifica más con procesos internos de expiación del pecado que con criterios objetivos de reintegración social”.

que sus autores actúan por convicción⁹⁰⁶. Por ejemplo, la carta enviada desde prisión en agosto de 2004 por seis dirigentes históricos de ETA en la que los firmantes pedían el abandono de las armas y apostaban por una “lucha institucional” indicaba el abandono de la actividad delictiva. No obstante, ésta podría no ser suficiente pues en ella no existía declaración expresa de repudio de sus actos criminales ni una solicitud de perdón a las víctimas.

La Secretaria General IIPP ha puesto en marcha un programa de mediación para presos de ETA denominada *Vía Nanclares*. El objetivo de este procedimiento es conseguir que estén dispuestos a pedir perdón personalmente a las víctimas, siempre que ellas lo acepten. Participan en este programa pionero en torno a una decena de presos de ETA que ya se han desvinculado de la banda terrorista⁹⁰⁷. Según fuentes del

⁹⁰⁶ En este sentido, MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “El cumplimiento..., *op.cit.*, págs. 196 y 199. Y MESTRE DELGADO, E., *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Madrid, 1987, pág. 87. Respecto al concepto de delincuente por convicción, la doctrina mayoritaria entiende que este tipo criminológico se caracteriza por la presencia de una motivación política, ética o religiosa en su actuación, lo que incluye desde el terrorista hasta el objetor de conciencia que se niegue a prestar el servicio social sustitutorio. BAUCCELLS I LLADOS, M., *La delincuencia por convicción*, Valencia, 2005, pág. 83

⁹⁰⁷ *Diario Vasco*, 20/1-2012. Un total de 337 internos, el 64% de los alrededor de 523 encarcelados en España por su pertenencia o relación con la organización armada, se encuentra en la más estricta situación carcelaria, el régimen cerrado, según los datos manejados por la Audiencia Nacional con fecha de 22 de octubre de 2011. Tan sólo 181 reclusos, según los mismos datos, están clasificados en régimen ordinario (similar al segundo grado). Por el contrario, apenas cuatro presos han accedido desde 2007 al tercer grado (uno de ellos por enfermedad grave e incurable), el régimen de semilibertad que muchos reclusos desean ahora alcanzar, aunque existe una vía para la reinserción, la que ensayan los presos del grupo de Nanclares, con condenas por delitos de sangre. Esta fórmula se basa en el artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario, que abre la puerta a una flexibilización de la situación penitenciaria con carácter personal. Y se conecta con el artículo 90 del Código Penal, que permite la reinserción social «cuando el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista», y realice «una petición expresa de perdón a las víctimas». El juez central de Vigilancia Penitenciaria de la Audiencia

Ministerio del Interior, el programa persigue que los miembros de ETA arrepentidos tomen verdadera conciencia de los delitos cometidos y lleguen a la convicción de que tienen que pedir perdón personalmente a las víctimas por el daño que les han hecho. Si el proceso concluye satisfactoriamente, el mensaje se le traslada a la víctima para que decida si quiere recibir ese perdón o no. En el Centro Penitenciario de Nanclares hay cerca de 30 presos etarras y participan en este programa entorno a una decena. Los resultados, según estas mismas fuentes, son muy positivos⁹⁰⁸.

Nacional, José Luis de Castro, ya ha advertido en los últimos meses de que «el perdón es la única vía para lograr beneficios, aunque ETA se acabe». La mayoría de los presos de ETA destinados en Nanclares (38 reclusos) están en segundo grado y tan sólo uno está clasificado en tercer grado.

⁹⁰⁸ CEBEIRO BELAZA, M., *Diario El País*, 25/9/2011: “El 25 de mayo de 2011 sucedió algo insólito en una sala de oficina de Vitoria, dos desconocidos se sentaban cara a cara. Uno era una víctima del terrorismo cuyo padre fue asesinado en 1980 y que aún no conoce quiénes fueron los culpables. El otro, un preso condenado por pertenecer a ETA, con delitos de sangre, que ha llegado a la conclusión de que la violencia no tiene sentido y se ha apartado de la banda. El primero quería saber el porqué de muchas cosas. Por qué la persona que tenía enfrente había sido un terrorista, por qué había matado, cómo podía vivir con ello, qué le condujo a la organización que destrozó la vida de su madre y de sus seis hermanos... El segundo quería, sobre todo, pedir perdón.

Como ellos, otras seis personas se reunieron por parejas esos días de mayo. A solas o junto a un mediador. Solo uno de los damnificados lo era directamente del preso con el que se encontró. Se sentó a hablar, frente a frente, con la persona que había asesinado a su familiar más querido. Fue la reunión más complicada emocionalmente. Las otras tres víctimas se han reunido con reclusos de la banda que han hablado como exmiembros de una organización jerárquica en la que ellos no elegían a sus víctimas: cumplían órdenes. Todos eran de alguna manera partícipes y responsables de cada una de las muertes.

Los encuentros son confidenciales y no hay ningún tipo de contraprestación ni beneficio penitenciario para los presos. Es la forma de garantizar que su interés es sincero, que no buscan ninguna ventaja que vaya más allá del plano estrictamente personal. Las víctimas, como no podía ser de otra forma, no están obligadas a perdonar. La idea es que hablen, que escuchen si lo desean. Que puedan expresar todo lo que quieran a quien tienen delante. Pueden

Fuentes de la Fundación de Víctimas del Terrorismo (FVT) han señalado que no les consta que ningún preso etarra haya pedido perdón a miembros de esta asociación y que, en todo caso, los colectivos de víctimas de terrorismo ya expresaron su postura conjunta al respecto en el "Documento de la Justicia de las víctimas". Este texto está en contra de reducir a actuaciones en el ámbito privado las exigencias a los terroristas que estén dispuestos a romper con la organización terrorista ETA: *"Escribir una petición de perdón, escribir el reconocimiento del daño personal causado o el pago de indemnizaciones pendientes no es suficiente, porque los asesinatos perpetrados por ETA para la consecución de su proyecto político poseen, además, una dimensión pública innegable"... "Tal condena debe ser exigida como uno de los mínimos, sin cuyo cumplimiento no es posible ni reinserción particular alguna, ni participación alguna en el juego democrático"*.

Desde finales del año 2012 que ETA ha anunciado el abandono de la lucha armada la pregunta es: ¿Cambia en algo la

abandonar el programa en cualquier momento si así lo deciden. Es otro de los principios básicos del proceso.

Los presos que han participado pertenecen al grupo de reclusos que se han atrevido a expresar públicamente que la violencia no ha servido para nada. Los que han llegado a la mediación, además, son personas convencidas de que sus acciones solo han generado sufrimiento. A los asesinados y a sus familias, pero también a ellos mismos. Han querido liberar un poco su dolor por el daño causado pidiendo perdón.

Una vez elegidas las personas que participarían en el proyecto, los mediadores se entrevistaron en diversas ocasiones de forma individual con cada víctima y con cada preso para ir preparando el encuentro. De las seis víctimas, dos prefirieron no llevarlo a cabo en ese momento y recibieron una carta escrita por los asesinos de su familiar. Otras cuatro siguieron adelante. En cuanto a los presos, en uno de los casos el mediador consideró que aún no era conveniente el encuentro cara a cara. El recluso pidió perdón por escrito. La segunda fase del programa de mediación ya está en marcha. Otras ocho personas participan en el proyecto. Cuatro víctimas y cuatro presos que podrán encontrarse próximamente si así lo desean.

situación legal y penitenciaria de estos presos?. Como veremos se pueden plantear diversas opciones:

1ª.- Amnistía e indultos. Una amnistía general no cabe en el ordenamiento jurídico español. Tanto la amnistía como los indultos generales están prohibidos por la Constitución". El art. 62 de la Constitución en su apartado i) establece que, corresponde al Rey, entre otros asuntos: "*Ejercer el derecho de gracia con arreglo a la Ley, que no podrá autorizar indultos generales*". Como bien reconoce el Juez Central de Vigilancia Penitenciaria de la Audiencia Nacional, José Luís de Castro⁹⁰⁹: "Es una pretensión imposible. La ley solo recoge la posibilidad de que el juez o tribunal proponga indultos individualizados, que deben ser después concedidos por el Ministerio de Justicia. En delitos de esta gravedad, como mucho, y en algunos casos, pueden proponerse indultos parciales [que afectan solo a una parte de la condena] de forma individualizada y limitada".

2ª.- Progresiones de grado y permisos. Los presos de la banda apenas acceden a segundos grados con la posibilidad de salir de permiso ordinario cuando se cumplen los requisitos. La disciplina interna del colectivo les lleva a seguir las directrices de la banda y cumplir los txapeos -encierros en la celda-, colgar carteles o negarse a comer. Estos comportamientos les llevan a ser clasificados en primer grado, a cumplir la pena en régimen cerrado y a no salir de la prisión hasta la extinción total de la condena. Según el art. 78.3 a) CP podrán acceder al tercer grado cuando les quede por cumplir sólo una quinta parte de la condena impuesta (sobre 40 años tendrían que cumplir 32).

3ª.- Libertad condicional. La legislación española permite a los reclusos acceder a la libertad condicional tras haber cumplido tres cuartas partes de la pena. Incluso se puede adelantar el plazo si el preso ha participado en ciertas actividades. Los terroristas, en cambio, según el art. 78.3 b) CP les debe faltar por cumplir sólo una octava parte de la condena impuesta (sobre 40 años tendrían que cumplir 35), haber

⁹⁰⁹ *Diario El País*, 31 de octubre de 2011. Entrevista al Juez del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria.

repudiado la violencia y pedido perdón a las víctimas⁹¹⁰. Por tanto, desaparecida ETA, ¿qué ocurrirá? "Estos requisitos están pensados para miembros de una organización terrorista que sigue activa. Si no lo está, quizá el legislador tendrá que establecer requisitos comunes y homogéneos para todos los delitos", opina Antonio Cuerda, catedrático de Derecho Penal de la Universidad Rey Juan Carlos y director del proyecto de investigación en el que jueces y penalistas estudian las distintas opciones legales para encarar el fin de ETA⁹¹¹.

⁹¹⁰ Diario Vasco, 21/4/2012: Instituciones Penitenciarias trasladará a partir del lunes al Juez de Vigilancia Penitenciaria de la Audiencia Nacional, José Luis Castro, el expediente favorable para la concesión de la libertad condicional al preso etarra, José Manuel Fernández Pérez, a cumplir los requisitos legales. Fernández Pérez, en tercer grado desde el 10 de febrero y que cumple condena en la prisión de Basauri, firmó su desvinculación de la banda terrorista, mostró su arrepentimiento y tiene cumplidas desde junio de 2011 las tres cuartas partes de pena. Es uno de los reclusos pertenecientes a la vía Nanclares que está impulsando el Gobierno. La Junta de Tratamiento del centro de Basauri remitirá a la Audiencia Nacional el expediente del recluso, favorable a la concesión de la libertad condicional, que tendrá que ser aprobada o denegada por Castro sin que exista un plazo determinado para que adopte una decisión. Si finalmente el preso obtiene la libertad condicional, este cumpliría el resto de condena, hasta mayo de 2018, en su domicilio.

⁹¹¹ *Diario El País*, 10/10/2011. El Ministerio de Ciencia e Innovación ha subvencionado este proyecto de investigación que, bajo el título '¿Qué puede aportar el Derecho Penal para el final del terrorismo de ETA?', ha reunido a catedráticos, abogados y jueces, como el magistrado de la Audiencia Nacional Ricardo de Prada o el juez central de Vigilancia Penitenciaria José Luis de Castro.

La máxima que ha inspirado este proyecto se sustancia en conceder las mismas medidas --"ni más perjudiciales ni más beneficiosas"-- al colectivo de presos de ETA. Según el citado catedrático: "El terrorismo ha merecido un trato mucho más duro que otros delitos y no tiene sentido esa mayor dureza, habría que ir a un principio de mayor igualdad entre delitos comunes y de terrorismo. La violencia perpetrada por ETA durante más de cuatro décadas ha llevado a otorgar medidas más restrictivas de derechos fundamentales para los condenados por terrorismo así como a endurecer el Código Penal en este tipo de delitos, por lo que una disolución de la banda tendría que ir acompañado también de medidas legislativas, judiciales, penitenciarias o de gracia. El perdón es "discriminatorio", así lo piensa el responsable de la investigación Antonio Cuerda, convencido de que estas actuaciones

4ª.- Artículo 100.2 RP. Como vía intermedia antes de conseguir el tercer grado y la libertad condicional, queda el art. 100.2 RP, que permite aplicar aspectos del tercer grado a reclusos que están en segundo. Es la vía que se ha aplicado en la *vía Nanclares*. Pero cada 100.2 tendrá que ser individualizado y se aplica de forma restrictiva⁹¹².

facilitarían la reinserción de los presos de ETA y el logro de la "pacificación social". "Son delincuentes, eso no lo discutimos, han matado y han asesinado pero tendrían que recibir el mismo trato, no hay motivos para beneficiarles ni para perjudicarles", defiende.

Preguntado sobre la mayor peligrosidad que tienen estos reclusos --que han estado sujetos a las directrices de una organización terrorista-- frente a otros presos comunes, responde que las personas dedicadas individualmente al tráfico de drogas o a la trata de blancas también son "muy peligrosas y no se les pide que se arrepientan" del daño causado para obtener la libertad condicional.

"¿Por qué el violador no tiene que pedir perdón para obtener la libertad condicional?", se pregunta el catedrático, que considera que también existen "muchos motivos" para que lo manifiesten a las víctimas y cree que exigir el arrepentimiento sólo a los terroristas es "desigual" y "discriminatorio".

Es consciente de que las asociaciones de víctimas pueden pensar que estas medidas son contrapartidas al final de ETA pero hace hincapié en que sólo defiende la concesión de un trato "igualitario", "ni mejor ni peor" que el de otros reclusos. Las posturas de los afectados por el terrorismo son "legítimas y entendibles" pero, ha dicho, "no pueden dictar las líneas de la política legislativa" porque "no van a ser imparciales". "No pueden ser juez y parte".

⁹¹² Europa Press. Madrid. 22/3/2012. El Secretario General de Instituciones Penitenciarias, Ángel Yuste, tras destacar el compromiso de este Gobierno con las víctimas, también se ha mostrado partidario de acotar aquellos aspectos del reglamento penitenciario que puedan dar lugar a lo que ha definido como "arbitrariedad". Desde varios sectores de víctimas se ha solicitado en el pasado una reforma del artículo 100.2 mediante el cual un preso puede abandonar a diario la prisión para trabajar o formarse o por motivos de salud. La presidenta de la Asociación de Víctimas del Terrorismo (AVT), Ángeles Pedraza, se reunirá con el secretario general de Instituciones Penitenciarias, Ángel Yuste, a quien presentará una batería de propuestas entre las que destaca una reforma legal para impedir que los presos de ETA se beneficien del artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario por el que los internos pueden salir a diario unas horas de prisión para trabajar o formarse. Según ha informado a Europa Press la presidenta de este colectivo, se va a plantear al responsable de Prisiones una serie de reformas legales para

5ª. El perdón. Si ETA desapareciera, ¿seguiría siendo necesaria la petición de perdón a las víctimas para acceder a la libertad condicional? El art. 76.2 LOGP y el art. 90 CP solo dice que la colaboración del recluso con el fin de la violencia "podrá" acreditarse mediante este reconocimiento del daño causado. "Pero la petición de perdón individual creo que es y será necesaria en todo caso", opina José Luis de Castro, JVP Central: *"A cualquier preso se le exige, para la concesión de beneficios penitenciarios, que asuma el hecho delictivo. La única diferencia es que a los terroristas se les pide que el perdón sea expreso. Difícilmente habrá un buen pronóstico de reinserción si no se arrepienten"*⁹¹³.

"limitar los sistemas de flexibilización del grado penitenciario a terroristas" y ha hecho hincapié en la posibilidad de excluir a los presos terroristas del 100.2. Actualmente hay al menos seis presos que disfrutan del artículo 100.2 después de haberse acogido a la denominada 'Vía Nanclares' por la que presos por terrorismo acceden a cumplir pena en cárceles del País Vasco a cambio de romper fehacientemente con la banda criminal.

Se da la circunstancia de que, en los últimos años, la concesión del 100.2 a presos de ETA ha supuesto el paso intermedio entre los permisos de salida de varios días y el tercer grado por el que sólo tienen que acudir a la cárcel para dormir. El siguiente paso antes de liquidar su condena es la concesión de la libertad condicional. Otra de las cuestiones que Pedraza planteará a Ángel Yuste es "la necesidad de reforzar la participación de las víctimas y darles voz en la ejecución de las sentencias de los terroristas". Esta propuesta ya fue introducida en el debate público por el propio Yuste, quien se refirió a la necesidad de que las víctimas puedan recurrir las resoluciones judiciales adoptadas por el juez Central de Vigilancia Penitenciaria de la Audiencia Nacional. Actualmente sólo pueden hacerlo la Fiscalía o el propio preso afectado. Tan sólo un día después fue el propio ministro del Interior, Jorge Fernández Díaz, quien avaló este plan: "parece una aspiración deseable y oportuna enriquecer el patrimonio jurídico de las víctimas reconociendo mediante la oportuna reforma legislativa su legitimación activa para que además de ser oídas puedan recurrir las decisiones más trascendentales de sus victimarios durante el cumplimiento y ejecución de su condena", explicó el ministro, quien ha especificado que esta medida irá destinada especialmente a las víctimas del terrorismo, pero también de crímenes especialmente violentos.

⁹¹³ *Diario El País*, 10 /10/ 2011.

El Ministro del Interior, Jorge Fernández Díaz, manifestó el 20 de febrero de 2012, que Instituciones Penitenciarias ha denegado la solicitud de varios centenares de presos de ETA de acceder a beneficios por no haber expresado su arrepentimiento, porque sería incurrir en “fraude de ley”. El indicado ministro destacó que la política del Gobierno en esta materia es la del “arrepentimiento individualizado y la petición de perdón (a las víctimas) por parte de los presos etarras en el marco de la legislación penitenciaria”. Este ministro aseguró que si los presos “van de verdad y en serio, con voluntad de reinserción, pidiendo perdón a las víctimas, colaborando con la justicia y, en definitiva, manifestando una voluntad individual personal y sincera de acogerse a los beneficios que la ley prevé”, tendrán esa vía “abierta”. Según este ministro el Ejecutivo *popular* tiene claro que la base es el “arrepentimiento y la petición de perdón”, pero realizado siempre de forma individual y no colectiva. Por ello apuntó a la denominada *vía Nanclares* para que los presos puedan acogerse a los beneficios penitenciarios. Pedir perdón a las víctimas, desvincularse de forma fehaciente de la organización armada y colaborar con la justicia -y siempre desde una opción individual- son las tres premisas básicas para que el Ministerio del Interior mueva pieza en esta materia⁹¹⁴. El Gobierno del Partido Popular apoya la denominada *vía Nanclares* para los presos de ETA, que implica la concesión de beneficios penitenciarios solo a aquellos que rechacen la

⁹¹⁴ *Europa Pres*, 20/2/2012. El ministro del Interior, Jorge Fernández Díaz, apuntó a la denominada *vía Nanclares* para que los presos puedan acogerse a los beneficios penitenciarios. Pedir perdón a las víctimas, desvincularse de forma fehaciente de la organización armada y colaborar con la justicia -y siempre desde una opción individual- son las tres premisas básicas para que el Ministerio del Interior mueva pieza en esta materia. “Tienen esa vía abierta. Si la toman les vamos a acompañar y ayudar. Pero los que pretendan engañar y cometer un fraude de ley, no van a tener otra respuesta que la que han recibido ahora. No vamos a permitir un engaño a la sociedad española”, aseveró Fernández Díaz.

violencia y pidan perdón a las víctimas⁹¹⁵, una política ya iniciada e impulsada por el anterior Ejecutivo socialista^{916 917}.

⁹¹⁵ *Diario El País*, 9/4/2012. El Gobierno ha concedido el segundo tercer grado en menos de dos meses a un preso disidente de ETA recluido en la cárcel alavesa de Zaballa (que ha sustituido a la antigua prisión de Nanclares de Oca). Se trata de Joseba Andoni Díaz Urrutia, condenado a seis años de cárcel por pertenecer al entramado de la banda, sin delitos de sangre. En noviembre de 2011 el juez de vigilancia penitenciaria de la Audiencia Nacional ya le aplicó el artículo 100.2 del reglamento penitenciario para permitirle salir cada día de prisión por haber cumplido con todos los requisitos que exige la ley a los presos por terrorismo: pedir perdón a las víctimas, rechazar la violencia y comenzar a hacer frente a las indemnizaciones. El paso dado por Prisiones le permitirá además iniciar los trámites para obtener la libertad condicional. Se trata del tercer preso disidente de ETA que alcanza esta situación en los últimos meses. Los otros son Fernando de Luis de Astarloa, que accedió al tercer grado con el Gobierno socialista, y Juan Manuel Fernández Pérez, primer recluso al que el Ejecutivo de Mariano Rajoy concedió esta medida, ambos acogidos a la vía Nanclares de rechazo individual de la violencia. El colectivo oficial de presos de ETA no acepta esta vía. Con decisiones como esta el Gobierno quiere dejar claro que es el único camino posible para acogerse a beneficios.

⁹¹⁶ *Diario El Mundo*, 23/4/2012. Destacados miembros de los Grapo también optan por la 'vía Nanclares'. Siete terroristas se han desmarcado de la banda y han pedido perdón a las víctimas. La inició el anterior Ejecutivo y el actual entiende que es una de las vías políticas utilizables para romper el llamado colectivo de presos de ETA. La denominada vía Nanclares se centra en los integrantes de la organización etarra. Pero también sirve para otras tramas terroristas que aún existen en España, aunque estén ya en sus últimos coletazos. Se trata de los Grapo. Según explicaron a este periódico fuentes penitenciarias, durante los últimos años un importante y representativo grupo de presos de esta banda terrorista se ha decidido a dar los pasos fijados para poder acogerse a esta vía, que permite obtener beneficios penitenciarios concedidos por la Administración y comenzar a salir de la cárcel antes del cumplimiento íntegro de las penas. Según estas fuentes, al menos siete internos que formaban parte de las estructuras criminales más duras de los Grapo, una banda terrorista compuesta históricamente por integrantes 'irreductibles', han dado pasos para avanzar en esta vía que abre la puerta a la reinserción. Entre los siete suman cerca de 200 años de condenas. Se le denomina vía Nanclares, porque es la prisión alavesa de Nanclares de la Oca donde el Ministerio del Interior reúne a los presos de ETA que han dado muestras de dar algún paso para arrepentirse.

⁹¹⁷ *Diario Vasco*, 18/7/2012. La Secretaría General de Instituciones Penitenciarias anunció ayer la concesión del tercer grado al preso Jurgi

En Italia se usaron dos modelos para reinsertar a los presos de las Brigadas Rojas. El de los *pentiti*, que delataban y el de los *disociati*, que rechazaron la violencia sin delatar. Fue este último el que logró la adhesión de la mayoría de los reclusos, y que, hasta ahora, que implotó tanto el Ejecutivo socialista de Zapatero como el Gobierno Vasco, y es el que sigue actualmente el Gobierno del Partido Popular⁹¹⁸.

El Ministerio del Interior anunció el 26 de abril de 2012 la puesta en marcha un plan integral para la reinsertión de los presos de ETA aplicable también a miembros de otras bandas terroristas y del crimen organizado. El plan consiste en una serie de iniciativas orientadas a que los terroristas den pasos hacia su integración en la sociedad, y el único requisito para incorporarse al mismo será desvincularse de la organización de forma "clara" y "sólida", sin que, al parecer, deba haber una petición de perdón.

Los internos que se acojan al programa se les abre la posibilidad de ser trasladados a cárceles próximas a su domicilio. Una vez allí, cumplir el resto de los requisitos que exige la ley -como la petición de perdón, la colaboración con la Justicia o el compromiso de satisfacer la responsabilidad civil- permitirá a los reclusos ser clasificados en un grado penitenciario más flexible. El ministro del Interior, Jorge Fernández Díaz, afirmó que los terroristas que se acojan al plan de reinsertión deberán mostrar su voluntad de dejar atrás el

Oteiza Nazabal, un recluso desvinculado de ETA y perteneciente a la vía Nanclares. Según subrayó el ministro de Interior, Jorge Fernández Díaz, cumple con todos los requisitos que marca la ley. Se trata del tercer recluso que accede a este régimen penitenciario desde la llegada del PP al Gobierno, tras Juan Manuel Fernández Pérez de Nanclares y Joseba Andoni Díaz Urrutia, y el cuarto si se tiene en cuenta el otorgado por el último Ejecutivo de Rodríguez Zapatero a Fernando Luis de Astarloa. En declaraciones a los periodistas el titular de Interior explicó que Oteiza está acogido a la vía Nanclares y que, por lo tanto, se ha desvinculado de ETA, ha pedido perdón a las víctimas, asumido su responsabilidad civil y está dispuesto también a cooperar con las autoridades, además de haber cumplido la mitad de la condena.

⁹¹⁸ CEBERIO BELAZA, M., *Diario El País*, 24/6/2012.

terrorismo de forma "clara, solemne y pública". Según la SGIIPP el programa, que nace de la llamada "vía Nanclares" pero que es "mucho más ambicioso", consiste en una serie de iniciativas orientadas a que los terroristas y miembros de organizaciones criminales conozcan la realidad social y reflexionen sobre su pasado con el objetivo de que vayan dando pasos hacia su integración en la sociedad democrática⁹¹⁹.

Los internos que se incorporen al programa participarán en "aulas" dirigidas a su educación en valores de convivencia, tendrán acceso a formación para facilitar su inserción en la vida laboral cuando recuperen la libertad y podrán incluso ser trasladados a centros penitenciarios próximos a sus domicilios.

El primero de los requisitos es que el interno pida su incorporación al programa de reinserción⁹²⁰, para lo que

⁹¹⁹ CEBERIO BELAZA, M., *Diario El País*, 7/6-2012. El Ministerio del Interior ha abrazado en lo fundamental la vía Nanclares para la reinserción de presos de ETA impulsada por el Ejecutivo socialista. Pero le ha puesto otro nombre. Ha incluido dentro de su plan de política penitenciaria los encuentros cara a cara entre víctimas y presos terroristas que ya existían, pero asegurando que serán "distintos". Responsables del ministerio dijeron que serán "reparadores" en vez de "restaurativos" —sin explicar qué supone esta diferencia—. Y aseguraron que el Gobierno vasco no los organizará, como ocurre ahora, sino que serán directamente gestionados por el ministerio. Este "parecido a lo de antes pero diferente" de los movimientos de Interior en esta materia es complicado de descifrar. Y no deja a nadie contento.

Las asociaciones mayoritarias de víctimas del terrorismo criticaron ayer el anuncio del ministerio de que este mismo mes se volverán a impulsar los encuentros entre reclusos y víctimas —ya hay dos previstos para el mes de junio—; y la noticia de que el Ejecutivo de Patxi López estará excluido, en principio, de la organización del programa, generó un notable malestar en el Gobierno vasco, que se aminoró algo a final del día tras algunas conversaciones entre responsables de Interior de los dos Ejecutivos. El conflicto con las asociaciones de víctimas fue público; con el Gobierno vasco, privado.

⁹²⁰ En contra de este programa se manifiesta MANZANARES SAMANIEGO, J. L., "Política penitenciaria...", *op. cit.*, pág. 14: "El Gobierno debería abstenerse de elaborar, contra lo que ya se hizo en otra ocasión, una especie de contrato de adhesión a partir de un paquete de medidas que predeterminarían supuestamente la actuación de los Tribunales, ofreciendo al terrorista lo que ni siquiera está en sus manos. Y deberá

previamente deberá acreditar el rechazo a la violencia y su desvinculación de la organización criminal a la que han pertenecido⁹²¹.

Se pretende evitar así que los penados que no tengan voluntad de reinsertarse intenten perturbar o "sabotear" el programa. Quien no quiere reinsertarse no tiene sentido que forme parte del programa, ya que se requiere una actitud activa por parte del interno. A partir de ese punto, el plan contiene un programa específico dedicado a la "educación en valores de convivencia" mediante "aulas" en las que participarán los internos, que también tendrán acceso a cursos de mejora de su "capacitación socio-profesional" orientados a su formación para

mantenerse firme en su negativa a negociar con ETA, porque sería una indignidad, porque no en vano nuestro sistema progresivo se llama de individualización científica y porque, aunque se olvide con frecuencia, las condenas se refieren a hechos pasados y no impiden la comisión de ulteriores delitos por pertenencia o colaboración con banda armada. ETA lo sigue siendo pese a su declaración unilateral de tregua.

En cuanto a la petición expresa de perdón como un requisito más para la obtención del tercer grado penitenciario y para la libertad condicional, su exigencia no podría orillarse, en su caso, por un proyecto gubernamental de resocialización”.

⁹²¹ ZULOAGA, J. M., *Diario La Razón*, 1/6/2012. Una parte importante de los presos «yihadistas» (islamistas), que se encuentran en cárceles españolas, han acogido favorablemente el Programa de Reinserción Individual (PRI) del Ministerio del Interior, frente a los de ETA que, presionados por familiares, abogados y amigos, no se deciden a dar el paso....

Una postura radicalmente contraria es la que están adoptando los presos de las bandas «yihadistas», entre ellos condenados por el 11-M, que nada más conocer la existencia del PRI, se interesaron mayoritariamente por el mismo. Se calcula, según las citadas fuentes, que un 20 por 100 del medio centenar de estos reclusos, se podrían acoger, en una primera tanda, al programa.

En su mayoría, no están sometidos a presiones de una organización, lo que les permite actuar con una total libertad y acogerse a cualquier beneficio penitenciario que pueda reducir el tiempo de estancia en la cárcel. Se ha dado el caso de reclusos que, de una manera espontánea, han mostrado su rechazo a todo tipo de violencia y su predisposición a pedir perdón a las víctimas que causaron con sus atentados.

la inserción en la vida laboral⁹²² (se adjunta resumen del programa elaborado por la SGIIPP)⁹²³.

⁹²² Agencia EFE, 26/4/2012. El Ministro del Interior, Jorge Fernández Díaz, afirmó que los terroristas que se acojan al plan de reinserción deberán mostrar su voluntad de dejar atrás el terrorismo de forma "clara, solemne y pública". Acogerse al plan es "una condición necesaria pero no suficiente" para el acercamiento en el caso de los presos de ETA, ya que deberán cumplir el resto de requisitos de la ley penitenciaria. Fuentes penitenciarias han informado de que el programa, que nace de la llamada "vía Nanclares" pero que es "mucho más ambicioso", consiste en una serie de iniciativas orientadas a que los terroristas y miembros de organizaciones criminales conozcan la realidad social y reflexionen sobre su pasado con el

Eso no significa que los requisitos se vayan a relajar, ya que el primero de ellos es que el interno pida su incorporación al programa de reinserción, para lo que previamente deberá acreditar el rechazo a la violencia y su desvinculación de la organización criminal a la que han pertenecido.

⁹²³ SGIIPP. "Programa para el desarrollo de la política penitenciaria de reinserción individual en el marco de la ley".

1.- JUSTIFICACIÓN DEL PROGRAMA

La Administración Penitenciaria, además de garantizar el cumplimiento íntegro de la parte retributiva de la pena, tiene la obligación de propiciar el conjunto de actividades directamente encaminadas a conseguir la reeducación y reinserción social de los penados, de forma, que cumplida la condena, el penado retorne a la sociedad con la capacidad y la voluntad de vivir respetando la Ley. Esta obligación legal no desaparece respecto a internos vinculados a bandas terroristas y organizaciones criminales (...).

No podemos olvidar que, en el caso de delincuentes terroristas, las características de los penados, su disposición a reconocer el daño causado y su voluntad para abandonar las convicciones que les llevaron a delinquir, presentan peculiaridades que es preciso abordar con una estrategia específica; sobre todo cuando la organización de referencia no se ha disuelto, cuenta con un cierto apoyo social y aspira a mantener la cohesión y disciplina de sus militantes encarcelados proyectando una estrategia de imposición al Estado en el diseño y ejecución de su política penitenciaria (...).

Parece conveniente y oportuno, diseñar un Programa de intervención con reclusos vinculados a este tipo de criminalidad, que permita alentar evoluciones positivas de separación respecto al control que las organizaciones criminales mantienen sobre sus presos. Y que, dentro de la más estricta legalidad, oferte a los penados, que quieran de modo

fehaciente su reinserción, un catálogo de actividades que facilite su absoluta desafección de organizaciones terroristas.

Este programa no modifica, en ningún caso, los requisitos que los internos tendrán que cumplir para tener acceso a los beneficios penitenciarios tasados en la ley.

2.- INCORPORACIÓN AL PROGRAMA

Habida cuenta que en nuestra legislación el tratamiento penitenciario es voluntario e individual, en este programa solamente podrían participar aquellos internos que lo aceptaran de forma expresa, que cumplan los requisitos que se exijan y que se comprometan a llevarlo a cabo en los términos que se determine. Quien no quiere reinsertarse no tiene sentido que forme parte del programa, ya que su desarrollo requiere una actitud activa del interno. Por tanto, para la admisión de un interno en el programa, éste deberá acreditar el rechazo a la violencia y su desvinculación de la organización criminal a la que ha pertenecido o con la que ha estado relacionado.

Reversibilidad del Programa: Si durante el desarrollo del programa, el Equipo de Tratamiento evaluara que un interno manifiesta una actitud contraria a los objetivos de reinserción del programa propondrá su exclusión.

3.- CENTROS EN LOS QUE SE PONDRÁ EN MARCHA

La fase de incorporación de internos, se realizará en todos los Centros Penitenciarios que alberguen reclusos vinculados con organizaciones terroristas. El desarrollo específico del Programa, se realizará, preferentemente, en Centros Penitenciarios ubicados en el País Vasco, aunque se ampliarán a otros próximos en función de las características de los penados que se incorporen al programa.

4.- OBJETIVOS Y FINES DEL PROGRAMA

- Comprobar la autenticidad de la evolución del recluso y la coherencia entre sus manifestaciones y su actuación.
- Concienciación de la magnitud y la trascendencia del daño ocasionado a las víctimas, sus familiares y su entorno.
- Asunción por parte del penado de su responsabilidad en la conducta delictiva.
- Superación de los elementos de convicción que le llevaron a delinquir y a justificar la violencia para la consecución de objetivos políticos.

- Progresiva asunción de valores cívicos, de respeto a la vida, la integridad física y la libertad de los ciudadanos, así como las exigencias legales de perdón expreso a las víctimas, reparación del daño y colaboración con las autoridades para disminuir los efectos del delito cometido y la desaparición de la organización terrorista.
- Preparación para la vida en libertad, resistiendo la estigmatización que en el entorno que justifica planteamientos comprensivos con quienes ejercieron o justificaron la violencia terrorista produce la disidencia de los que asumen el compromiso con la legalidad.
- Entrenamiento en habilidades para la superación creativa y pacífica de situaciones conflictivas.
- Aprendizaje para la adopción de decisiones personales y autónomas.

5.- DESARROLLO DEL PROGRAMA

El pasado 21 de febrero, la práctica totalidad de las formaciones políticas del Congreso de los Diputados consensuaron un acuerdo en el que, entre otras cosas, se insta al Gobierno a: *“Favorecer los esfuerzos hacia una convivencia social construida sobre los principios y valores en que se sustenta el Estado de Derecho”*.

En ejecución de esta iniciativa, se introduce en el Programa el siguiente punto:

5.1.- FORMACIÓN EN PRINCIPIOS Y VALORES PROPIOS DE LA CONVIVENCIA EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO Y DE DERECHO.

Quienes han pertenecido a grupos terroristas están acostumbrados a actuar siempre bajo su disciplina y con exclusiva lealtad a las normas de estas bandas criminales, hasta el punto de subvertir el orden más elemental de valores de convivencia propios de un Estado democrático y de Derecho y crear una “legitimidad alternativa y legalidad paralela”.

Por este motivo y con el ánimo de cumplir el mandato del artículo 25 CE, según el cual las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social, se pretende impulsar un conjunto de actuaciones formativas de diversa naturaleza que consigan romper la identificación de estos internos con un orden de valores corrupto y criminal e inculcar actitudes y conductas características del orden de convivencia democrático, tal como se desprenden de las Declaraciones internacionales de Derechos que articulan principios y valores esenciales para sustentar una ciudadanía libre y responsable: respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas, Estado de Derecho y primacía de la Ley, etc.

En esta línea, los Equipos de Tratamiento de los Centros en los que se lleve a cabo el Programa podrán poner en marcha un conjunto amplio y variado de actividades como cursos, coloquios, conferencias – “Aulas para la convivencia”-, etc. encaminadas a robustecer e incentivar la evolución de los penados así como la asunción por éstos de los valores que identifican a las sociedades democráticas avanzadas. (...).

5.2.- ENCUENTROS DE REPARACIÓN A LAS VÍCTIMAS:

La legislación vigente, para penados por delitos de terrorismo, reconoce efectos jurídicos a la solicitud de perdón a las víctimas. Concretamente es un requisito para el acceso al tercer grado (art. 72.6 de la LOGP) y se exige para que el informe pronóstico final, previo a la concesión de la libertad condicional sea favorable (art.90 del CP). Por tanto, la Administración Penitenciaria debe arbitrar los procedimientos para que las víctimas que así lo deseen, puedan recibir el perdón de los penados dispuestos a pedirlo. A tal fin, en el programa se contemplan encuentros destinados a satisfacer esta exigencia legal. La aceptación del encuentro partirá siempre de la víctima, que tendrá que ser la directamente perjudicada por el delito o sus allegados más cercanos. De la misma forma, el penado que otorga el perdón tiene que ser el autor material o el cooperador directo del hecho delictivo que ha causado el daño.

El encuentro irá precedido de la preparación necesaria para que, en ningún caso, esta actividad pueda suponer un incremento del estado de aflicción de la víctima.

La reparación victimológica no debe considerarse un cuerpo extraño en el tratamiento penitenciario, antes al contrario, debe entenderse como una parte esencial del cumplimiento de la sanción penal impuesta, porque puede coadyuvar a conseguir el objetivo resocializador de la pena privativa de libertad.

Los mecanismos para hacer posible la reparación de la víctima son además de la reparación material, la reparación moral. Esta reparación moral enmarcada dentro de un programa de tratamiento podría alcanzar objetivos muy positivos en nuestro sistema de ejecución penal, tanto para la víctima como para los terroristas.

5.3.- MEJORA DE LA CAPACITACIÓN SOCIO-PROFESIONAL.

El tratamiento penitenciario tiene como objetivo general suplir las posibles carencias con las que el recluso ingresa en prisión. En este sentido, dentro del Programa se prestará especial atención a la realización las actividades culturales, formativas, laborales, etc. que vayan encaminadas a la capacitación socio-profesional del penado, que le permitan afrontar sus necesidades futuras en la vida libre y que contribuyan a una mejor inserción social el día que obtenga la libertad.(...).

Para acceder a la libertad condicional también es necesario acreditar los requisitos del art. 72.6 (arrepentimiento y colaboración con las autoridades) los penados por terrorismo⁹²⁴ o delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales (art. 90.1 CP). Es decir, que se vuelve a exigir unos requisitos ya cumplidos cuando se produjo la clasificación en tercer grado, parece como si hubiese desconfianza en la anterior clasificación y, por tanto, se tiene que volver a analizar por si han variado las circunstancias, y quizá también por si el JVP no intervino vía recurso en la citada clasificación, y por ello ahora sí que tendrá la oportunidad de valorar los citados requisitos al estudiar el expediente de libertad condicional.

A la libertad condicional podrán acceder cuando les quede por cumplir una octava parte de la condena (art. 78.3 b) CP), es decir, cuando haya cumplido treinta y cinco años de la pena. Está claro que a este tipo de penados se les excluye del derecho a la libertad condicional anticipada (art. 90.1 CP). Sí que tienen derecho a poder acceder a libertad condicional por enfermedad muy grave con padecimientos incurables o a partir de cuando cumplan los setenta años de edad (art. 92 CP y 196 .1 y 2 RP).

6.- SEGUIMIENTO Y DOCUMENTACION DE LOS RESULTADOS.

Por los miembros del Equipo de Tratamiento, se realizará un seguimiento minucioso de las diferentes actividades que integran el Programa, evaluando la evolución de los integrantes y documentando las observaciones y conclusiones, que se incorporarán al Protocolo de cada uno de los participantes, remitiéndose al Centro Directivo cuanta documentación resulte de interés.

⁹²⁴ Agencia EFE. 7/5/2012. El juez central de Vigilancia Penitenciaria, José Luis Castro, ha acordado la libertad condicional de los presos etarras Fernando de Luis Astarloa y José Manuel Fernández Pérez de Nanclares, clasificados en tercer grado penitenciario desde los meses de octubre y febrero, respectivamente.

Según los autos dictados hoy por el magistrado de la Audiencia Nacional, ambos reclusos han cumplido las tres cuartas partes de sus condenas, ha manifestado por escrito su renuncia a la violencia reconociendo el daño causado y pidiendo perdón a las víctimas y se han comprometido a hacer frente, "en la medida de sus posibilidades", a la responsabilidad civil.

Finalmente hemos de hacer constar que el endurecimiento del cumplimiento de la libertad para los condenados por terrorismo (aquí se excluye a los que cometieron el delito en el seno de organizaciones delictivas) llega al punto de que en caso de revocación de libertad condicional supondrá la pérdida del tiempo disfrutado en libertad, volviendo a un sistema retrogrado que se dejó de usar con la entrada en vigor del Código Penal de 1995.

Concluyendo, la inclusión de reglas específicas para la ejecución de las penas a ciertos tipos de delincuentes, vulnera otra regla fundamental de las características de la pena en el Estado social y democrático de derecho, que es la *igualdad* porque, ante la comisión de un hecho gravísimo, como puede ser el asesinato, si se comprueba por el juzgador la presencia de todos y cada uno de los elementos del delito, debe, inexorablemente, aplicarse la pena en igualdad de condiciones, sea terrorista o no lo sea quien cometa el abominable crimen, puesto que el acto es igualmente disvalioso⁹²⁵, y, por otra parte, como afirma **Quintero Olivares**, obliga a calificar a los delincuentes como “malos”, “abyectos” o “menos malos”, etiquetas todas válidas coloquialmente, pero insostenibles porque irremisiblemente conducen a subjetivismos⁹²⁶.

Estamos de acuerdo con **Arribas López** en que puede resultar más eficaz en la lucha contra la delincuencia terrorista que sus protagonistas perciban “igualdad de trato penitenciario” con el resto de internos⁹²⁷, lo contrario puede ser seriamente contraproducente desde el punto de vista de política criminal⁹²⁸.

⁹²⁵ FERNÁNDEZ GARCÍA, J., “¿Un derecho penal mejor?”, *Diario El País*, 16/02/2003, pág. 17.

⁹²⁶ QUINTERO OLIVARES, G., “Reformar por reformar”, *Diario El País*, 12/1/2003, pág. 13.

⁹²⁷ ARRIBAS LÓPEZ, E., “Aproximación...”, *op. cit.*, pág. 53

⁹²⁸ CANCIO MELIA, M., “De nuevo: ¿Derecho Penal ciudadano y Derecho Penal del enemigo?”. En JAKOBS, GUNTHER y CANCIO MELIA, J. M., *Derecho Penal del enemigo*, Madrid, 2006, pág. 132

La Inst. 2/2003 exige que este tipo de penados muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas así como la colaboración activa con las autoridades. Esta colaboración debe servir:

- Para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista.

- Para atenuar los efectos de su delito.

- Para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.

El abandono de los fines y medios terroristas se podrá acreditar mediante:

- una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y abandono de la violencia.

- con una solicitud de perdón expreso a las víctimas

- con los informes técnicos de la prisión que acrediten su desvinculación de la organización terrorista y su entorno y su colaboración con las autoridades.

Según la Inst. 9/2003, el cumplimiento de estos requisitos y los criterios utilizados para entenderlo así deberán figurar expresamente en las propuestas de clasificación inicial en tercer grado o progresión. Igualmente, establece esta instrucción que los citados requisitos serán exigibles para todas las propuestas y resoluciones que se realicen con independencia de la fecha de la comisión del delito o de la sentencia condenatoria, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Única de la LO 7/2003, de 30 de junio. Pero aquí hemos de volver a insistir que aunque se establece en la Disposición Transitoria el carácter retroactivo del art. 72.6 LOGP es contrario a derecho aplicar una norma retroactiva en perjuicio del reo (art. 2.1 CP); por ello consideramos acertado que, tanto la Inst. 2/2004 como la Inst. 2/2005, hayan suprimido este criterio de la retroactividad desfavorable.

Suscita dudas que la acreditación de la desvinculación y la colaboración se confíe a "*informes técnicos*". Por tales cabe entender los emitidos por los profesionales penitenciarios. Debería de verse con preocupación que por esta vía se tratara de conceder carta de naturaleza legal a informes policiales, posibilidad que, en estricta interpretación del texto legal, debe ser descartada. Tratándose de una materia relativa a la clasificación y progresión penitenciaria, no cabe entender que los informes técnicos sean otros que los de los profesionales penitenciarios, de modo que se atienda como interés principal a la evolución del condenado⁹²⁹. Estos informes técnicos que acrediten la desvinculación de abandono de la organización terrorista, son también básicos, ya que la vinculación a una organización delictiva es incompatible con un pronóstico favorable de reinserción⁹³⁰.

La forma de proceder de la SGIIPP ante las propuestas de clasificación o progresión a tercer grado por parte de las Juntas de Tratamiento de condenados por delitos cometidos en seno de organización delictiva (tráfico de drogas, prostitución organizada, etc.) es solicitar que el propio penado realice un "*escrito de repudio*" de la actividad delictiva y reconocimiento del daño; así como la obligación de adjuntar un "*informe técnico*" que acredite estas circunstancias. Para la elaboración de este último se atenderá factores tales como la no constancia de comunicaciones con miembros de la organización delictiva, la actitud y comportamiento en prisión y las perspectivas realistas de futuro que permitan inferir una desvinculación con dicha organización.

Por lo que se refiere a los delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales ordenaba la Administración Penitenciaria en su Inst. 9/2003 de la Dirección General IIPP que había de seguirse un *criterio criminológico que no*

⁹²⁹ GARCÍA ALBERO, R. y TAMARIT SUMALLA, J. M^a., *La Reforma...*, *op. cit.*, pág. 109

⁹³⁰ PRAST CANUT y TAMARIT SUMALLA, J. M^a., *Comentarios al nuevo Código penal*, 3^a Ed., Navarra. 2004, pág. 526

normativo del mismo. Consideramos esta interpretación es de dudosa legalidad pues debería aplicarse el criterio jurídico de constar en sentencia condena por formar parte de organización delictiva en delitos contra salud pública, de blanqueo de capitales, de tráfico de personas, etc. Por ello nos parece acertada la reforma de la Inst. 2/2005, de 15 de marzo, que suprime el criterio criminológico ciñéndose al estrictamente jurídico, de lo contrario se vulneraría el principio de seguridad jurídica, por ello debería limitarse a la aplicación del art. 36.2 CP a aquellos supuestos en que haya recaído sentencia condenatoria por algunos de los subtipos agravados por comisión de un delito mediando organización, existente en el Código penal, siempre que la pena fuera superior a cinco años de prisión⁹³¹.

Sin embargo hay jueces o tribunales que optan por la aplicación del criterio criminológico que actualmente ya tiene cobertura legal en los artículos 570 bis y siguientes del Código Penal tras la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio. En este sentido se pronuncia el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia en Recurso de Apelación 1825/11 de fecha 24 de noviembre de 2011. En este recurso se estudia el caso de un penado al que la Junta de Tratamiento del CIS de Valencia emite un pronóstico desfavorable de la libertad condicional adelantada a los 2/3 de la condena. El JVP N° 5 de Valencia le aprueba la libertad condicional adelanta a los 2/3, siendo ésta recurrida por el Ministerio Fiscal, la Audiencia Provincial de Valencia resuelve en apelación que revoca la libertad condicional adelantada a los 2/3 dado que: *“nos encontramos con un obstáculo insalvable de que el art. 91.1 CP impide su aplicación cuando nos encontramos ante delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales que es el acontecido en el presente caso, pues de la propia lectura de los hechos probados de la sentencia por la que se le condenó consta que actuaba de común acuerdo... constituyendo con otros una mercantil mediante la*

⁹³¹ BAUTISTA SAMANIEGO, C., “Período de seguridad y crimen organizado” dentro de la obra *Derecho penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones*, CGPJ, Madrid, 2007, pág. 175

cual alquilaron un local para que varias mujeres practicasen actos sexuales a cambio de dinero, captando a ciudadanas eslovacas en su país de origen y facilitándoles documentación para venir a España con oferta para trabajar como camareras, todo lo cual acredita la existencia de un infraestructura y una organización en la que se hallaba el penado para la comisión de los actos ilícitos por los que vino a ser condenado. Esta circunstancia, la de pertenecer el penado a organización criminal impediría la aplicación del art. 91.1 en relación con el art. 91.2 CP”.

6. La clasificación penitenciaria y la libertad vigilada

Consideramos conveniente tratar aquí la medida de seguridad de libertad vigilada por la estrecha relación que puede llegar a tener ésta con la clasificación en tercer grado puesto que estimamos que la clasificación en este grado, como veremos, podría ser incompatible con la aplicación posterior de la libertad vigilada.

La medida de libertad vigilada, que no se recoge para nada en el Código Penal de 1995, surge *ex novo* en LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en el art. 96, como una medida de seguridad no privativa de libertad. El motivo de esta nueva figura penal de libertad vigilada para el control y seguimiento de terroristas y delincuentes sexuales no es otro que la incapacidad, en ocasiones, para que las condenas de prisión consigan el fin de la reinserción del delincuente a la sociedad, lo que hace necesario la adopción de medidas complementarias que permitan el tratamiento y control de estas personas después de cumplida la pena privativa de libertad⁹³². De manera que la

⁹³² *Diario El Mundo*, 16/5/2012. El Gobierno introducirá en el Código Penal una nueva medida, denominada 'custodia de seguridad', aplicable a los delitos más graves -excluidos los de terrorismo- y mediante la cual el tribunal impondrá en la sentencia un plazo de privación de libertad más allá de la condena que podrá llegar a los diez años. Fuentes de Justicia han precisado

aplicación de la libertad vigilada estará en función de la frustración de los fines preventivo-especiales de la prisión, es decir, de la reinserción o readaptación social del sujeto, aun cuando ésta se presente en la Constitución tan solo como una orientación de las penas privativas de libe De manera que la aplicación de la libertad vigilada estará en función de la frustración de los fines preventivo-especiales de la prisión, es decir, de la reinserción o readaptación social del sujeto, aun cuando ésta se presente en la Constitución tan solo como una orientación de las penas privativas de libertad, y no como un objetivo de obligada consecución⁹³³.

La libertad vigilada se trata de una medida de seguridad que se impone además de la pena y se basa en la supuesta peligrosidad del penado. Esta peligrosidad está acreditada, supuestamente, por la previa comisión de un delito. Por tanto, su fundamento es el mismo que las medidas de seguridad postdelictuales. Esta medida no existía en nuestro Código Penal pero sí en otros ordenamientos.

En el proyecto de LO 5/2010, de 22 de junio, en su exposición de motivos se establecía que: "Es notorio, sin embargo, que determinados perfiles criminológicos se hacen

que la "custodia de seguridad" supondrá la privación de libertad más allá de la condena de las personas a las que les sea aplicada -aunque puede ser en un régimen más atenuado- y que podrá ser revisada en cualquier momento por el juez de Vigilancia Penitenciaria, de modo que la medida se mantendrá solo mientras subsista la peligrosidad del penado. La nueva medida podrá ser impuesta -siempre que se considere conveniente tras realizar un pronóstico individualizado de la peligrosidad del penado- en casos de delitos graves que conlleven violencia o intimidación, delitos sexuales y tráfico de drogas, así como cuando existan antecedentes por otros delitos graves o se reincida tras cumplir la condena. La "custodia de seguridad", que ya se aplica en países como Alemania, Reino Unido, Francia, Austria, Suiza o Dinamarca, será impuesta por el tribunal en la misma sentencia en la que se fija la pena de prisión que corresponda.

⁹³³ BOLDOVA PASAMAR, M.A., "Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada", *Revista de L'Institut Universitari d'Investigació en Crimonoloia i Ciències Penals de la UV. (ReCrim)*, 2009, pág. 295

más resistentes al efecto rehabilitador de la pena, en la medida en que ésta no resulta suficiente o adecuada para excluir un elevado riesgo de reincidencia, ya sea porque la inclinación delictiva del sujeto aparece vinculada a determinados trastornos de personalidad o de conducta, como ocurre con cierta frecuencia en el ámbito de los delitos contra la libertad y la indemnidad sexual⁹³⁴, ya sea porque –como sucede en el caso de los terroristas– su actuar se enmarca en una actitud de índole pretendidamente ideológica, que comporta la negación de la condición delictiva misma de su conducta y, por tanto el rechazo radical de la pena como respuesta legítima del Estado de Derecho, y la consiguiente resistencia a sus consecuencias”.

Por tanto, se trata de una medida establecida para los penados denominados “delincuentes por tendencia” (los que atentan contra la libertad sexual) o los “delincuentes por convicción” (los terroristas), que se aplica de forma preventiva para tratar de evitar que se cometan nuevos delitos por tendencia

⁹³⁴ Como ejemplo de la necesidad de la medida de libertad vigilada en algunos casos, recogemos la noticia del *Diario La Verdad*, 28/4/2010: La familia de un agresor sexual ha decidido internarlo para evitar que reincida en su delito tras haber cumplido su condena en la cárcel de Villena. El afectado ya no podía ser privado de libertad por más tiempo, puesto que había purgado su pena de forma íntegra. Sin embargo, las últimas evaluaciones de los especialistas del centro penitenciario permitieron detectar unas alarmantes tendencias psicóticas....Durante sus, al menos, cinco años de estancia entre rejas se mostró en todo momento displicente y desafiante con los funcionarios de la institución, tal y como revelan los testimonios recabados por este periódico. Además, siempre rechazó participar en talleres de reinserción, por lo que para los profesionales era más que evidente que su estancia en la cárcel no había servido para rehabilitarse. No era, ni mucho menos, la primera vez que ocurría algo similar con un interno con condena por agresión sexual o de otra índole. Lo que este caso tenía de excepcional es que el estado psiquiátrico del recluso, en el momento de abandonar el presidio de manera definitiva, suponía un grave riesgo para la sociedad, debido a los brotes psicóticos que arrastraba. La intervención paterna ha resultado esencial en este caso, puesto que, lejos de desentenderse del excarcelado, los parientes se pusieron manos a la obra para prestarle todos los cuidados necesarios. El hijo fue trasladado a un centro especializado de Castilla La Mancha.

o por convicción respectivamente, puesto que el penado ha cometido un tipo de delitos que pueden volver a ser repetidos.

Tamarit Sumalla defiende este tipo de medida al afirmar que: “*También serían las medidas de seguridad no privativas de libertad el cauce adecuado para afrontar la problemática de la habitualidad delictiva o la necesidad de reaccionar ante focos de riesgo de condenados por delitos muy graves en los que haya fracasado el programa de reinserción social...*”⁹³⁵.

La libertad vigilada permitirá a los jueces la imposición de una serie de obligaciones que deberá cumplir el condenado y que tienen como finalidad la paulatina reinserción en la sociedad de éste, una vez cumplida la pena de cárcel, lo que supone una forma de acomodar el sistema de la ejecución penal a los pronósticos de peligrosidad que pueden representar personas que difícilmente van a insertarse y que su paso por un centro penitenciario no es más que otro peldaño que les llevará, en un futuro más o menos mediato, dependiendo de la pena impuesta, a ingresar de nuevo en prisión⁹³⁶.

Sigue manifestando esta exposición de motivos que: “Es necesario, por tanto, contemplar otras soluciones que, sin cejar en el esfuerzo rehabilitador que debe seguir inspirando el tratamiento penitenciario, permitan conciliar las referidas exigencias constitucionales con otros valores no menos dignos de tutela, como son la seguridad y la libertad del resto de los ciudadanos potenciales víctimas del delincuente no rehabilitado que el sistema penitenciario devuelve a la sociedad. Agotada, pues, en estos casos, la dimensión retributiva de la pena, la peligrosidad subsistente del sujeto halla respuesta idónea en la medida de seguridad, institución que tiene por objeto en nuestro ordenamiento tradicional el tratamiento de las personas

⁹³⁵ TAMARIT SUMALLA, J. M^a., “Sistema de sanciones y política criminal. Un estudio de Derecho comparado europeo”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2007, N^o 09-06, pág. 06:40, consultada 9/6/2007

⁹³⁶ NISTAL BURÓN, J., “La nueva medida de “libertad vigilada”. Problemática Jurídica que conllevaría su cumplimiento”, *Actualidad Aranzadi*, N^o 793, pág. 1, consultada 25/2/2010.

peligrosas, que han acreditado tal condición mediante la efectiva realización del hecho delictivo”.

Compartimos el criterio de **Manzanares Samaniego** cuando reflexiona que no es muy razonable que la libertad vigilada se acuerde en la sentencia cuando esta medida de seguridad se cumplirá después de la pena privativa de libertad. Difícilmente podrá valorarse la peligrosidad del reo, ni siquiera provisional, con una anticipación de años o décadas⁹³⁷. Estamos de acuerdo con este autor puesto que si pensamos en un “terrorista tipo” condenado por delitos de gravedad (atentado, asesinatos, etc.) tendrá que cumplir de forma íntegra de 40 años, y que no podrá disfrutar de tercer grado hasta haber cumplido 32 años de condena y 35 para la libertad condicional; por tanto el pronóstico de peligrosidad de la sentencia se hace para casi cuarenta años después, cuando el terrorista vaya a salir en libertad definitiva, por lo cual esa previsión a tan largo plazo no puede ser válida. Pero por otro lado, un enjuiciamiento de la evolución y situación del sujeto al finalizar el cumplimiento de la pena prevista en la sentencia para decidir la imposición de una ulterior consecuencia jurídica del delito, conforme señala Cerezo Mir, infringiría el principio *ne bis in idem*, por lo que para evitar dicha infracción la aplicación *a posteriori* de una pena o medida de seguridad debería estar prevista expresamente en la misma sentencia condenatoria⁹³⁸. Opción por la que justamente se decanta el legislador en el caso de la libertad vigilada, sin perjuicio de que antes de dar inicio a la misma deba comprobarse la evolución y situación del reo, y verificarse que concurren las razones y presupuestos legales que hacen necesaria su ejecución.

La nueva medida prevista deberá ser impuesta preceptivamente por el Juez o Tribunal en la sentencia en los

⁹³⁷ MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “La libertad vigilada”, *Diario La Ley* Nº 7386, Sección Doctrina., 22/4/2010, pág. 10

⁹³⁸ CEREZO MIR, V. J., “Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de responsabilidad criminal”, *Revista la Ley Penal*, Nº 22., 2008, pág. 20

casos expresamente previstos en la ley a quienes sean condenados después de su entrada en vigor. La duración de la nueva medida se mantiene, en general, en un máximo de cinco años, aunque se prevé la posibilidad de extender esta duración hasta los diez años.

Con esta reforma se confía al Juez o Tribunal sentenciador la aprobación de la pena privativa de libertad junto con la medida de libertad vigilada, si bien la aplicación de ésta se demora hasta que se haya cumplido la pena. Por tanto, el contenido de la libertad vigilada no se determinará hasta la extinción de la pena. Es el JVP quien debe hacer la propuesta para que el Juez o Tribunal sentenciador concrete el contenido de la misma. Todo ello obliga a que si se quiere que se inicie precisamente cuando ya no quede pendiente ninguna pena privativa de libertad que cumplir, incluyendo, en su caso, la libertad condicional. Como muy acertadamente apunta **Manzanares Samaniego**, mejor sería tener en cuenta la unidad penitenciaria de ejecución y demorar la imposición de la libertad vigilada hasta conocer el pronóstico de resocialización en ese momento final⁹³⁹.

El control del alcance y contenido de las obligaciones a cumplir de entre las impuestas de la lista prevista *ad hoc* en el citado art. 106 reformado por la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, corresponderá al JVP, que estará obligado a elevar al Juez sentenciador, al menos anualmente, una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la medida.

La nueva medida de seguridad de libertad vigilada, que se fundamenta en el pronóstico de peligrosidad, podría entrar en colisión con algunos aspectos de la realción jurídica-penitenciaria previstos en la normativa penitenciaria, en concreto con el tratamiento penitenciario, con el régimen de vida propio del tercer grado, con la libertad condicional y con el pronóstico de reinserción social del condenado.

⁹³⁹ MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “La libertad vigilada..”, *op. cit.*, pág. 12

Respecto al tratamiento penitenciario, que aparece definido en el art. 59 LOGP como el conjunto de actividades directamente dirigidas a consecución de la reeducación y reinserción de los penados y que pretende hacer del interno una persona con la motivación y capacidad de vivir respetando la ley penal, la nueva medida de libertad vigilada aplicable a terroristas y agresores sexuales, tras cumplir sus penas de prisión, parte de una presunción de futura peligrosidad, que implica presumir de antemano que el tratamiento penitenciario resocializador aplicado a estos colectivos de internos durante el cumplimiento de su condena va a fracasar con ellos. Pero es posible que esta presunción sirva para los delincuentes sexuales, en especial si la víctima es menor –los perestas-, en razón de la propensión de estos delincuentes a reincidir una vez cumplida la condena. Pero según el Magistrado de la Audiencia Nacional, Ramón Sánchez Valcárcel: “No tenemos un problema con los delitos sexuales, que siguen siendo muy menores...”⁹⁴⁰. Por lo que se refiere a los terroristas, la experiencia dice que son muy pocos los que vuelven a la lucha armada o se reintegran a la organización terrorista, por más que regían de cumplir los requisitos formales de la reinserción, qu si no se consiguió con la pena tampoco se conseguirá con la medida de libertad vigilada⁹⁴¹.

Según el CGPJ la libertad vigilada puede suponer una obligación legal para el JVP de imponer al penado un retroceso con respecto al régimen de cumplimiento de la pena de prisión en libertad condicional, en caso de que el condenado haya accedido al mismo, es decir, un viaje hacia un régimen más restrictivo que ésta o, incluso, más restrictivo que el tercer grado penitenciario. En suma, la libertad vigilada tiene que cumplirse de forma compatible en cuanto a las obligaciones que impone al condenado con el sistema progresivo de cumplimiento de las penas de prisión. Así pues, allí donde el progreso individual del

⁹⁴⁰ *Diario El País*, 10/6/2010

⁹⁴¹ NISTAL BURÓN, J., “La nueva medida de libertad vigilada...”, *op. cit.*, pág. 51

sujeto le haya hecho merecedor de la libertad condicional o del tercer grado penitenciario, la libertad vigilada no debería poder ser más gravosa que éstos, si no concurren nuevos elementos de juicio que acrediten la necesidad de un régimen más restrictivo debido a un juicio de peligrosidad inexistente en las fases previas de cumplimiento de la pena de prisión. Efectivamente la aplicación concreta de algunas de las obligaciones que lleva consigo la nueva medida de libertad vigilada, que se establecen en el art. 106 cuando estos penados obtengan la libertad definitiva, puede suponer un retroceso con respecto al régimen de cumplimiento de la pena de prisión que el penado tenía en el régimen de vida del tercer grado. Es decir, que el penado se puede encontrar con un régimen de vida más restrictivo estando en libertad definitiva que el que tenía durante el tercer grado o la libertad condicional. Hemos de tener en cuenta que los controles que incluye la nueva medida de libertad vigilada para después de cumplida la pena ya se recogen en el actual Código Penal como reglas de conducta que el JVP puede decretar durante el cumplimiento de la libertad condicional.

Como bien dice **Nistal Burón** la nueva medida de libertad vigilada, en su modalidad de ejecución postpenitenciaria, sólo tendría cierta efectividad práctica para aquellos internos que cumplen la totalidad de la pena en prisión y además lo hagan en el régimen de vida ordinario (en segundo grado) o cerrado (en primer grado). Es decir, que aquellos reclusos a los que en sentencia se les haya aplicado una medida de seguridad de libertad vigilada para su ejecución una vez cumplida la condena de prisión, no se les podrían otorgar ciertos beneficios penitenciarios, entendidos éstos en sentido amplio, como los permisos de salida, el tercer grado, ni, por supuesto, la libertad condicional, lo que, además de ser contrario al modelo de “individualización científica” (art. 72 LOGP) sobre el que descansa nuestro sistema penitenciario de ejecución penal, impediría comprobar la evolución positiva del interno de cara a

constatar que el pronóstico de peligrosidad ha variado durante el cumplimiento de la condena⁹⁴².

Por lo que se refiere al pronóstico de reinserción del condenado hay que hacerlo al menos en dos momentos, al inicio del cumplimiento de la condena, es preciso hacer un pronóstico sobre el futuro comportamiento del interno, el “juicio pronóstico inicial” del art. 62.b) LOGP, cuando se fija el programa de tratamiento a seguir en la propuesta de clasificación penitenciaria. Y posteriormente en un periodo más avanzado de la misma, una vez concluido el tratamiento o próxima la libertad condicional del interno, momento en el que será preciso elaborar un “informe pronóstico final”, en el que, según el art. 67 LOGP, se manifestarán los resultados conseguidos por el tratamiento y un juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro del sujeto en libertad.

La regulación de la libertad vigilada establece una presunción *iuris tantum* de peligrosidad. El sistema de libertad vigilada parte de la presunción de que la peligrosidad de las personas en el momento de ser condenadas por determinados delitos subsistirá tras el cumplimiento de la pena de prisión, pero esta presunción tiene que ser confirmada, o bien quedar desvirtuada cuando, después, se inicia la ejecución de la pena de libertad vigilada, y también posteriormente durante su cumplimiento. Por ello según el CGPJ esta es la razón por la que se prevé que el JVP no solo puede cambiar las obligaciones del penado durante la ejecución de la libertad vigilada, de acuerdo con ese pronóstico de peligrosidad cambiante, sino también reducir la duración de la de libertad vigilada impuesta en sentencia o, incluso, dejarla sin efecto en cualquier momento de su cumplimiento, es decir, incluso en el mismo momento del comienzo de su ejecución⁹⁴³. En este mismo sentido se pronuncia **Fernández Arévalo** cuando afirma que se puede

⁹⁴² NISTAL BURÓN, J., “La nueva medida de libertad vigilada...”, *op. cit.*, pág. 51 pág. 6.

⁹⁴³ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., “Control de la peligrosidad criminal y...”, *op. cit.*, Sevilla, Junio 2012.

concluir racionalmente la inexistencia de peligrosidad criminal - y en este sentido puede ser clave el informe de la Junta de Tratamiento- no existirá ningún obstáculo para que pueda proponerse que se deje sin efecto la propia libertad vigilada: así resulta de lo dispuesto en el art. 106.3.c) CP, que permite al Tribunal poner fin a la libertad vigilada postpenitenciaria en vista del pronóstico positivo de reinserción que considere innecesaria o contraproducente la continuidad de las obligaciones o prohibiciones impuestas, inclusive en el momento de concreción de las medidas. Se trata de una consecuencia lógica de la naturaleza de medida de seguridad de la libertad vigilada postpenitenciaria, ya que al encontrar su fundamento en la peligrosidad criminal del reo, si se contrasta como desaparecida tal peligrosidad, no debe cumplirse, cesando así incluso antes de su iniciación⁹⁴⁴.

Según la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, el pronóstico de peligrosidad que en principio cabe atribuir a los terroristas y delincuentes sexuales, dada la peculiar génesis de su resolución criminal, se ha previsto la aplicación a estos sujetos de esta medida postpenitenciaria de libertad vigilada por un tiempo de cinco a diez años. Pero si el condenado al finalizar el cumplimiento de la condena impuesta está rehabilitado, se prevé que el juez reduzca o deje sin efecto la medida de libertad vigilada, cuando durante la ejecución de la misma se produzca un pronóstico positivo de reinserción, debería prever más claramente que la ejecución de la medida de libertad vigilada posterior a la excarcelación no se haga efectiva si el pronóstico de peligrosidad del sujeto ha desaparecido durante el cumplimiento de la condena.

Para el CGPJ la vinculación entre la presunción de peligrosidad futura del condenado a una pena de prisión y la presunción del fracaso resocializador del cumplimiento de la

⁹⁴⁴ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., “Control de la peligrosidad criminal y...”, *op. cit.*, Sevilla, Junio 2012.

pena de prisión se deduce, sobre todo, de que éste es el fin prioritario del cumplimiento de las penas privativas de libertad, según la legislación penitenciaria y la jurisprudencia constitucional. Por eso, el pronóstico positivo de reinserción en cualquier momento de la ejecución de la pena de libertad vigilada no solo debe permitir que el JVP la reduzca o deje sin efecto, sino que debe obligar a que el juez tenga necesariamente que dejarla sin efecto. Ninguna peligrosidad ni, por tanto, necesidad de aseguramiento del colectivo social, puede, en efecto, afirmarse de quien tiene un juicio positivo de resocialización.

La Inst. 19/2011, de 16 de noviembre, que regula las medidas de seguridad ejecutables por la Administración Penitenciaria, establece en cuanto a la libertad vigilada que a los efectos previstos en el art. 23 RD 840/211, referente a las medidas de seguridad, que cuando un penado tenga impuesta la medida de seguridad de libertad vigilada (art. 96.3 y 106 CP), tres meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, la Junta de Tratamiento del centro penitenciario en el que se encuentre el penado o aquel en el que estuviere adscrito si se hallare en libertad condicional, elevará un informe técnico al JVP. En dicho informe, atendiendo al pronóstico actual de peligrosidad, se propondrán a la autoridad judicial de forma motivada las medidas concretas, de las recogidas en el art. 106 CP, a las que debiera ser sometido el futuro liberado. Desde nuestro punto de vista, si el penado se encuentra tanto en tercer grado como en libertad condicional y su evolución es positiva, no cabe otra opción que la Junta de Tratamiento elabore un pronóstico favorable no peligrosidad, y por tanto no sería necesario la aplicación de la medida de seguridad de libertad vigilada si la autoridad judicial así lo aprueba. Por el contrario, si el penado se encuentra hasta el último día en prisión cumpliendo la pena privativa de libertad y su pronóstico de peligrosidad es desfavorable la Junta de Tratamiento sí que deberá proponer las medidas del art. 106 CP para su aplicación por la autoridad judicial si las estima oportunas.

Compartimos la opinión de **Nistal Burón** cuando dice que si la implantación de esta medida libertad vigilada supone

reconocer que el objetivo resocializador de la pena privativa de libertad ha fracasado durante el cumplimiento de la misma para algún tipo de internos –terroristas y delincuentes sexuales-. Y si el actual sistema de ejecución penal “fracasa”, puede que no lo haga sólo para esta categoría de reclusos, sino que también lo haga para otros grupos, como pueden ser los maltratadores, los reclusos habituales y reincidentes, los narcotraficantes, etc⁹⁴⁵. En base a este criterio es posible que se esté atentando contra el derecho de igualdad de las personas (art. 14 CE).

Para concluir, si la libertad vigilada es una medida no privativa de libertad, debería ser ajena al mundo penitenciario, tampoco parece que sea adecuado que sean los servicios sociales penitenciarios quienes se ocupen del control de estas medidas puesto que sus funciones son más asistenciales que de vigilancia y control. Por ello hemos de indicar y apoyar la propuesta del CGPJ que sugiere la creación de la figura de un "asistente o agente" para supervisar la conducta del condenado y el cumplimiento de las obligaciones que le hayan sido impuestas al sometido a medida de libertad vigilada.

Para finalizar hemos de indicar que el Anteproyecto de LO de fecha 16 de julio de 2012 por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que entre otras reformas amplía el ámbito de la libertad vigilada, modificando su art. 104, que queda redactado como sigue:

“1.- El Juez o Tribunal impondrán una medida de libertad vigilada cuando se cumplan los siguientes requisitos:

La imposición de la medida de libertad vigilada esté prevista en la Ley penal para el delito cometido.

Se haya impuesto al sujeto una pena prisión de más de un año de prisión.

⁹⁴⁵ NISTAL BURÓN, J.,”La nueva medida de “libertad vigilada...”, *op. cit.*, págs. 1-5

Se cumplan los requisitos de los números 2 y 3 del artículo 95.1 del Código Penal⁹⁴⁶.

2.- Asimismo, se impondrá una medida de libertad vigilada:

a) Cuando haya sido absuelto por haber sido apreciada la concurrencia de alguna de las eximentes de los números 1º, 2º ó 3º del artículo 20 de este Código, o haya sido apreciada la atenuante 1ª del artículo 21 con relación a alguna de las anteriores, y se cumplan los demás requisitos del artículo 95.1 del mismo.

b) Cuando se suspenda la ejecución de una medida de seguridad privativa de libertad.

c) Cuando se cumpla el plazo máximo de duración de la medida de seguridad privativa de libertad que se hubiera impuesto, y resulte necesario para compensar el riesgo de comisión de nuevos delitos.”

⁹⁴⁶ Según el citado Anteproyecto, se modifica el artículo 95, que queda redactado como sigue:

“1.- Las medidas de seguridad se aplicarán por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime convenientes, cuando concurran las siguientes circunstancias:

1. Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito.
2. Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos..
3. Que la imposición de una medida de seguridad resulte necesaria para compensar, al menos parcialmente, la peligrosidad del sujeto.

2.- La medida de seguridad que se imponga deberá ser proporcionada a la gravedad del delito cometido y de aquéllos que se prevea que pudiera llegar a cometer, así como a la peligrosidad del sujeto.”

F. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO

La responsabilidad civil puede definirse como la obligación que tiene el autor de un delito o falta de reparar económicamente los daños y perjuicios causados o derivados de su infracción.

Establece el art. 109 CP que la ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados. El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil.

La responsabilidad establecida en el art. 110 CP comprende:

- La restitución.
- La reparación del daño.
- La indemnización de perjuicios materiales y morales.

Deberá restituirse, siempre que sea posible, el mismo bien, con abono de los deterioros y menoscabos que el Juez o Tribunal determinen. La restitución tendrá lugar aunque el bien se halle en poder de tercero y éste lo haya adquirido legalmente y de buena fe, dejando a salvo su derecho de repetición contra quien corresponda y, en su caso, el de ser indemnizado por el responsable civil del delito o falta.

La reparación del daño ocasionado podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer algo, y se determinará por el Juez atendiendo a la naturaleza de la infracción y a las condiciones personales y económicas del culpable.

La indemnización de perjuicios comprenderá no solo los ocasionados al agraviado, sino también a sus familiares o a terceros.

Si la víctima, por medio de su conducta, hubiera contribuido a la producción del daño o perjuicio sufrido, podrá disminuirse el importe de su indemnización.

1. Requisitos legales

Encontramos antecedentes sobre la satisfacción de la responsabilidad civil durante la ejecución penal de la pena en el CP de 1928 en su art. 169, y en el CP de 1970 en su art. 114, en los que se hacía referencia a la obligación legal de destinar parte de las ganancias obtenidas en prisión al pago de aquella⁹⁴⁷. Pero ni en la LOGP ni en el RP existían disposiciones referentes expresamente a la reparación del daño a las víctimas como elemento central para calibrar la evolución en el proceso resocializador del victimario⁹⁴⁸.

La LO 7/2003, de 30 de junio, exige la satisfacción de la responsabilidad civil como requisito para alcanzar el tercer grado, por lo que el pronóstico favorable de reinserción social que preside la concesión de este grado de clasificación debe considerar la conducta efectivamente observada por el penado en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales, así como las garantías de que las satisfaga con el patrimonio que pudiese llegar a adquirir en tanto no haya satisfecho su responsabilidad.

Esta exigencia se justifica *plenamente* en aquellos delitos que han permitido al culpable obtener un importante enriquecimiento ilícito si no se satisfacen las responsabilidades pecuniarias fijadas en sentencia a causa de haber ocultado el penado su patrimonio. Por ello, se aplicará esta norma, *singularmente*, cuando el interno hubiera sido condenado por la comisión de delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico que hubieran revestido notoria gravedad y hubieran perjudicado a una generalidad de personas, por delitos contra los derechos de los trabajadores, por delitos de terrorismo, por delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, así como delitos contra la Administración

⁹⁴⁷ GARCÍA ALBERO, R, y TAMARIT SUMALLA, J. M^a., *La reforma...*, *op. cit.*, pág. 115

⁹⁴⁸ MAPELLI CAFFARENA, B., “La judicialización penitenciaria. Un proceso inconcluso”, *Cuadernos derecho judicial* N° 33, 1995, págs. 277-303

pública comprendidos en los capítulos V al IX del título XIX del libro II del Código Penal.

Textualmente establece el nuevo apartado quinto del art. 72 LOGP:

“La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición. *Singularmente*, se aplicará esta norma cuando el interno hubiera sido condenado por la comisión de alguno de los siguientes delitos:

a) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico que hubieran revestido notoria gravedad y hubieran perjudicado a una generalidad de personas.

b) Delitos contra los derechos de los trabajadores.

c) Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social.

d) Delitos contra la Administración pública comprendidos en los capítulos V al IX del título XIX del libro II del Código Penal.

El CGPJ en su informe al Anteproyecto de la LO 7/2003, de 30 de junio, indicó: *“La exigencia de satisfacción de la responsabilidad civil debe referirse a las posibilidades de reparación de acuerdo con la situación económica del penado*

en el momento en que haya de adoptarse la resolución sobre su progresión de grado. La reparación del daño es signo inequívoco de una voluntad de integración social del penado. Por ello, esta exigencia debe establecerse en forma análoga a la establecida en el vigente artículo 81 y 88 CP, que no requieren para la suspensión o la sustitución de la pena de prisión, respectivamente, la efectiva reparación del daño, sino el esfuerzo serio dirigido a esa reparación, por lo que no debe ser obstáculo para la suspensión de la ejecución el estado de insolvencia del penado". Esto quiere decir que en sí mismo el requisito de la satisfacción de las responsabilidades civiles para acceder al tercer grado o a la libertad condicional no puede ser establecido como condición absoluta para el disfrute del beneficio sino que debe abordarse desde una perspectiva preventivo- especial, exigiendo que el penado haya puesto de manifiesto la tendencia a adecuar su conducta al respeto a la norma y a la víctima de su delito.

Ello es lo que engarza este requisito con el anterior relativo a la prognosis favorable de reinserción social. La prognosis social arrojará un sentido negativo cuando el sujeto que, pudiendo hacerlo, no repare el daño causado permaneciendo indiferente a las consecuencias de su acción. Por el contrario, el Anteproyecto se pronuncia en términos que inducen a confusión en cuanto al alcance del requisito que establece. Entiende el CGPJ que el acceso al tercer grado o a la libertad condicional no puede ser condicionado al previo pago de la indemnización señalada en la sentencia. La vía de apremio de la que dispone el Tribunal constituye suficiente garantía para la reparación del daño. Si en la sentencia penal o civil se declara la imposibilidad total de hacer frente a la misma, en forma alguna se podrá limitar la concesión del tercer grado a dicho requisito. Por ello ha de entenderse que lo dispuesto en nuevo art. 72.5 LOGP tendrá validez para aquellos supuestos en los que el sujeto solvente, total o parcialmente no haga frente a ella voluntariamente o por vía de apremio⁹⁴⁹. Luego lo que debe

⁹⁴⁹ ACALE SÁNCHEZ, M., "Terrorismo...", *op. cit.*, pág. 363

exigirse es una colaboración activa del penado en esa reparación y no meramente inactiva como sujeto pasivo de una investigación patrimonial.

Por tanto, se trata de que el comportamiento postdelictivo observado por el penado es una circunstancia de especial significación a los efectos de realizar el juicio pronóstico de conducta futura, por lo que el legislador, al exigir la satisfacción de la responsabilidad civil debe hacerlo en el sentido del esfuerzo serio de la reparación, como circunstancia objetiva que concreta el juicio pronóstico que debe realizar el Juez.

Según la Exposición de Motivos de la LO 7/2003, de 30 de junio, este requisito es susceptible también de ser explicado desde un punto preventivo general, en el sentido de que *"la comunidad no comprendería liberar al penado de su pena y no atender al mismo tiempo los derechos de la víctima, pues ello sería considerado por la población como una injustificada indulgencia que conlleva a una desconfianza hacia la eficacia del derecho. Por el contrario, el acceso a la libertad condicional en casos de insolvencia no hace que se resienta el sentimiento de vigencia de la norma"*. Está claro que desde el punto de vista de la prevención general, la comunidad entiende que no se trate igual a quien delinque y no paga la responsabilidad civil que quien delinque y repara⁹⁵⁰.

Por todo lo anterior, sugirió el CGPJ una redacción similar a la contenida en los arts. 81 y 88 CP, que presentan el problema de una forma más precisa que el art. 72. 5 LOPG del Anteproyecto; cosa que no ha ocurrido generando gran confusión. El legislador no incluyó en la LO 7/2003 la sugerencia del CGPJ respecto a regular la responsabilidad de forma análoga a la suspensión y sustitución de las penas, lo cual genera una gran discrepancia y un mayor perjuicio para quienes ya están cumpliendo *efectivamente* la pena de prisión frente al

⁹⁵⁰ FARALDO CABANA, P., "Un derecho penal de enemigos...", *op. cit.*, pág. 324

que le ha sido suspendida o sustituida⁹⁵¹. Aunque entendemos que debería hacerse una interpretación analógica con los citados artículos del Código referentes a la suspensión y a la sustitución de las penas, pues si se admite que el no satisfacer la responsabilidad civil no impide acceder a esas instituciones por qué no va a poder serlo cuando el penado se encuentra en una situación más gravosa: cumpliendo una pena privativa de libertad. La misma orientación se aprecia en el art. 136.2.1 CP respecto la cancelación de los antecedentes penales de un insolvente. La redacción dada al apartado 5 del art. 72 no distingue convenientemente entre circunstancias que denotan una voluntad reparadora del recluso, como elemento que permite al Juez valorar una actitud positiva del penado de cara a su progresión de grado, y lo que son consecuencias perjudiciales derivadas del delito, ya valoradas en la determinación de la pena y de la responsabilidad civil derivada del delito, y que deben dejarse al margen en el juicio de prognosis que requiere la clasificación del penado, pues en este juicio no deben tomarse en consideración circunstancias relativas al hecho sino sólo las relativas a la personalidad del autor.

Aunque este es un requisito que, en el sentido expuesto, puede exigirse cualquiera que sea la clase de delito realizado, el legislador ha querido resaltar que *singularmente* esta exigencia rige respecto de determinados delitos que enumera en el número 2 del artículo 72.5 LOGP. Según **Cervelló Donderis** la expresión *singularmente* es confusa hasta el punto que puede hacer pensar que sólo es exigible la responsabilidad civil en ellos o incluso que en estos casos se requiere necesariamente el pago efectivo; pero ninguna de las dos interpretaciones se puede extraer del tenor literal del texto legal ya que en el nuevo nº 5

⁹⁵¹ En este sentido se pronuncia el JVP nº 3 de Madrid, en su Auto de fecha 14 de septiembre de 2009, al indicar que en caso de la suspensión de la pena del art. 83.1 CP, el legislador ha hecho expresa excepción en orden al pago de las responsabilidades civiles los supuestos de imposibilidad declarada del penado: “*previsión que el legislador de 2003 olvidó en lo referente al tercer grado penitenciario, sin embargo, la fórmula utilizada de remisión al art. 72.5 y 6 de la LOGP, contempla, aunque sea de manera confusa, dicha expresión*”.

del art. 72 LOGP establece una regla general, por ello sólo cabe entender que con la expresión *singularmente* se quiere destacar una serie de delitos en los que la responsabilidad civil tiene una especial importancia por afectar a bienes que afectan a la colectividad y en ellos ha de haber una mayor exigencia respecto a los demás⁹⁵². Compartimos totalmente estos criterios, también aprobados en las Conclusiones V Encuentro estatal SOJ Penitenciario celebrado en Sevilla del 13 al 15 noviembre 2003.

En relación a la obligación de tener satisfechas las responsabilidades civiles derivadas del delito para que el penado pueda ser clasificado en tercer grado, para autores como Beristáin Ipiña, este tipo de modificaciones son necesarias pues suponen la introducción de la *restorative justice*, es decir, la justicia restaurativa⁹⁵³. Pero para **Torrecilla Collada** esta reforma supone otra distorsión en el sistema, puesto que la exigencia del pago de la responsabilidad civil para el acceso al tercer grado, que se ha introducido con “calzador”, de forma improvisada, cuando realmente la responsabilidad civil nada tiene que ver con la ejecución penitenciaria de la pena privativa de libertad, se ha regulado con una deficiente técnica legislativa pues lo que en principio aparece como exigencia plena en el art. 72.5 LOGP luego se matiza, y de una forma en la que se podría incurrir en la prisión por deudas abolida ya desde el Derecho Romano por la Ley Poetelia Papiria en el año 326 a.c. y que está prohibida por Tratados Internacionales suscritos por España⁹⁵⁴.

Al respecto, **Tamarit Sumalla**, manifiesta que si bien España con esta reforma se ha incorporado tarde al movimiento político-criminal que trata de evitar el olvido de las víctimas y de atribuir a la intervención del aparato punitivo del Estado un sentido reparador que complemente el meramente retributivo o

⁹⁵² CERVELLÓ DONDERIS, V., “Los nuevos criterios...”, *op. cit.*, pág. 18.

⁹⁵³ BERISTAIN IPIÑA, A., “Justicia restaurativa”, *Diario El País*, el 12/01/03, pág. 13.

⁹⁵⁴ TORRECILLA COLLADA, M. P., “Balance de la Ley Orgánica General Penitenciaria tras treinta años de vigencia. Necesidad de abordar algunas reformas”. *Diario La Ley* Nº 7250, 28 de septiembre de 2009.

preventivo y puesto que la justicia reparadora extiende su alcance a todas las fases del procedimiento (incluso a la ejecución de la pena, añadido nuestro), la fórmula legal adoptada no se adecua a las realizaciones legislativas y prácticas de mayor interés en el Derecho comparado y resulta técnicamente defectuosa⁹⁵⁵, pero aún así no es reprochable sino más bien positivo, como dice **Arribas López**, la exigencia del pago de la responsabilidad civil derivada del delito y que tal requerimiento sea *especialmente intenso* en el ámbito de la delincuencia de la denomina “criminalidad de cuello blanco”, de la delincuencia que produce especiales perjuicios en el ámbito laboral o socioeconómico⁹⁵⁶. Los propósitos del legislador de la LO 7/2003 se evidencian en las palabras del entonces Ministro de Justicia con ocasión de la presentación del Proyecto de esta ley en la Comisión del Congreso de los Diputados, al señalar que uno de los seis ejes fundamentales del mismo consiste en: “establecer que quien ha sustraído fondos públicos no tenga beneficios penitenciarios si antes no devuelve lo que ha robado”⁹⁵⁷.

Estamos de acuerdo con el informe del CGPJ al establecer que la exigencia de satisfacción de la responsabilidad civil para el acceso a la libertad condicional y al tercer grado debe referirse a las posibilidades de reparación de acuerdo con la situación económica del penado en el momento en que haya de adoptarse la resolución sobre su progresión de grado⁹⁵⁸. Sugiere el Consejo una redacción similar a la contenida en los arts. 81 y 88 CP⁹⁵⁹, que flexibiliza considerablemente los criterios

⁹⁵⁵ GARCÍA ALBERO, R. y TAMARI SUMALLA, J. M^a., *La reforma...*, *op. cit.*, pág. 115

⁹⁵⁶ ARRIBAS LÓPEZ, E., “Aproximación...”, *op. cit.*, pág. 51

⁹⁵⁷ Diario de Sesiones Congreso de los Diputados de 6 de marzo de 2003, Comisión de Justicia e Interior., N^o 232.

⁹⁵⁸ TAMARIT SUMALLA, J. M^a., GARCÍA ALBERO, R., RODRÍGUEZ PUERTA, M^a J. y SAPENA GRAU, F., *Curso. ...*, *op. cit.*, 2^a Ed., 2005, pág. 282

⁹⁵⁹ CGPJ. Servicio de Estudios e Informes. Pág. 47. En los artículo 81 y 88 del vigente Código penal se especifica, respecto a la concesión de la

obligatorios de responsabilidad civil para el condenado. **Ríos Martín** entiende que es suficiente la declaración de insolvencia, como en la suspensión de condena (art. 81.3º CP)⁹⁶⁰, pero desde nuestro punto de vista también es importante valorar el verdadero esfuerzo realizado por el penado para la satisfacción de la responsabilidad civil, y sobre todo, el rechazo del pago pudiendo hacerlo.

En la XIII Reunión de Jueces de Vigilancia celebrada en Valencia en Marzo de 2004 se acordó: *“El Juez de Vigilancia Penitenciaria, al ponderar si concurre en el penado el requisito exigido por el apartado 5 del art. 72 LOGP, en su redacción vigente, debe valorar, dentro del comportamiento postdelictual efectivamente observado por el penado, aquellos hechos o circunstancias del mismo que pongan de manifiesto una inequívoca voluntad de reparación del daño causado a la víctima, voluntad concretada en hechos objetivos que evidencien un esfuerzo del penado por satisfacer, dentro de sus posibilidades, la responsabilidad civil fijada en la sentencia”*.

La Inst. 9/2003, de 25 de julio, de la SGIIPP sobre *Indicaciones para la adecuación del procedimiento de actuación de las Juntas de Tratamiento a las modificaciones normativas introducidas por la LO 7/2003*, al referirse a la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito, establece para su valoración los siguientes criterios:

- El pago efectivo de esta responsabilidad.
- La conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales.

suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, lo siguiente: 3º. Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, salvo que el Juez o Tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas.

⁹⁶⁰ RÍOS MARTÍN, J. C., *Manual de...*, op.cit., pág. 100

- Las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera.

- Las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura.

- La estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición.

El primero de los criterios es calificado por esta instrucción como *objetivo*, sin embargo al resto de los mismos como eminentemente *valorativos*. Así pues, la forma de proceder para acreditar estas circunstancias, según la citada instrucción; deberá ser la siguiente:

-Para el *criterio objetivo* será necesario confirmar ante el Tribunal sentenciador tal cumplimiento o la declaración de insolvencia del penado en la sentencia condenatoria, para lo que se solicitará del Tribunal sentenciador el informe correspondiente o una copia de la pieza de responsabilidad civil.

-En el caso de los *criterios valorativos* sobre el comportamiento postdelictual del interno recogido en el nº 5 del art. 72 LOGP, éstos serán conocidos y ponderados por el JVP, asumiendo, en virtud del art. 76.2 a), las funciones que corresponderían a los Jueces y Tribunales sentenciadores. Por el contrario, la Generalitat de Catalunya, con competencias en materia penitenciaria, en la instrucción que dictó para el desarrollo de la LO 7/2003, de 30 de junio, ordenó que este criterio valorativo debía realizarlo el Juez o Tribunal sentenciador. Este último criterio es el que se ha ido imponiendo en la práctica como el más razonable y eficaz, puesto que si es el Juez o Tribunal sentenciador es el encargado de tratar que el condenado satisfaga la responsabilidad civil derivada del delito, no cabe duda que es el órgano más adecuado para valorar ese comportamiento postdelictual para hacer frente a la indicada responsabilidad civil. Además el art. 125 CP que regula el pago

aplazo de la responsabilidad civil establece que es competencia del juzgado o tribunal sentenciador el aprobar este pago aplazado *"Cuando los bienes del responsable civil no sean bastantes para satisfacer de una vez todas las responsabilidades pecuniarias, el Juez o Tribunal, previa audiencia al perjudicado, podrá fraccionar su pago, señalando, según su prudente arbitrio y en atención a las necesidades del perjudicado y a las posibilidades económicas del responsable, el período e importe de los plazos"*.

El 16 de junio de 2004, la Inst. 9/2003 fue derogada por la Inst. 2/2004 que regulando la misma materia y realizando una interpretación más flexible de la satisfacción de la responsabilidad al no limitarla sólo al pago estableciendo otros criterios como son la situación económica del penado y las posibilidades de pago futuro, y determinando que quien tiene que valorar de forma ponderada los citados criterios valorativos ha de ser la Junta de Tratamiento a la hora de realizar las propuestas de tercer grado, *"siendo necesario acompañar a la propuesta copia de la resolución judicial de insolvencia del penado dictada en los correspondientes procesos penales, así como justificar la situación económica actual del interno que le impide afrontar el pago (extracto de la hoja de peculio que refleje la escasez de ingresos, informe de los servicios sociales al respecto...) y el compromiso firmado por el mismo interno de comenzar a satisfacerla si durante el tercer grado o el disfrute de la libertad condicional desarrolla un trabajo remunerado. Si el interno ya viene pagando fraccionadamente la responsabilidad civil se señalará y documentará este extremo."*

La Inst. 2/2005, de 15 de marzo, ha derogado la Inst. 2/2004, ordenando, que se debe valorar *la voluntad y la capacidad de pago del penado* en el momento de realizarse la clasificación. Con esta reforma se deja en manos de la Junta de Tratamiento una gran discrecionalidad en el estudio ponderado de los criterios valorativos, el JVP sólo resolverá sobre este la responsabilidad civil vía recurso si lo interpone el Ministerio Fiscal contra la progresión a tercer grado o la libertad condicional.

Pensamos que es el Juez o Tribunal sentenciador el órgano que mejor puede conocer la situación económica del penado ya que sólo éste puede solicitar la investigación patrimonial necesaria a la Agencia Tributaria (art. 989 LECRim)⁹⁶¹. Por tanto, la Junta de Tratamiento sólo tendrá conocimiento de lo que informen los Servicios Sociales Penitenciarios sobre la situación económica del interno, información que consideramos totalmente insuficiente para saber si se puede o no satisfacer la responsabilidad civil durante el cumplimiento de la pena. Por ello entendemos que son los órganos sentenciadores los que mejor pueden aprobar un plan de ejecución en materia de responsabilidad civil derivada del delito en base al citado art. 125 CP. Así pues, si el órgano sentenciador aprueba el plan de ejecución tanto la autoridad penitenciaria como la jurisdicción de vigilancia penitenciaria deben plegarse a esa primera valoración judicial, no pudiendo decidir en contra de lo ya manifestado por la jurisdicción sentenciadora, y si fuese así hay que recordar que el penado puede recurrir en apelación ante este órgano sentenciador para la progresión a tercer grado o libertad condicional, con lo cual lo lógico será que se le estime el recurso si el motivo de denegación es no tener satisfecha totalmente la responsabilidad civil derivada del delito siempre y

⁹⁶¹ En recurso de apelación la Audiencia Provincial de Valencia Sección 3ª en fecha 11/7/2012, al resolver sobre la libertad condicional, entra el estudio de la responsabilidad civil, argumentado para su denegación la no satisfacción de la misma por parte del penado pudiendo hacerlo: *“Analizada la situación económica del penado resulta que mientras ha permanecido en prisión ha satisfecho la cantidad total de 2.750 euros, que no llega al diez por ciento del montante indemnizatorio total, que se fijó en 30.000 euros... Según el Registro de la Propiedad, el acusado y su esposa son copropietarios en régimen de gananciales de un bien inmueble... Todo lo cual permite entender que si el penado ha podido destinar para el pago de un bien ganancial una importante cantidad de dinero, con la que ha venido satisfaciendo los pagos de los préstamos hipotecarios, y correlativamente ha dejado de pagar la indemnización de 30.000 euros a que fue condenado, es claro que no ha dado cumplimiento a la antedicha exigencia normativa en materia de responsabilidad civil, lo que obliga a no poder conceder el beneficio de la libertad condicional que le fue otorgado en la resolución recurrida, debiéndose así revocar dicha resolución y mantener al penado en tercer grado penitenciario”*.

cuando esté realizando los pagos acordados en base al art. 125 CP. En este sentido se pronuncia el Auto de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 811/2005 de fecha 31 de mayo y el Auto nº 1679/2005 de fecha 13 de mayo del mismo órgano judicial al resolver recursos de apelación en materia de clasificación penitenciaria.

El Auto nº 1224/2005 de fecha 12 de septiembre de la Audiencia Provincial de Barcelona Secc. 9ª señala que cuando el órgano sentenciador ya ha ponderado las *“necesidades de la víctima y las posibilidades del reo”* estableciendo en base al art. 125 CP un plan de ejecución las autoridades penitenciarias deben plegarse a esa primera valoración judicial, no pudiendo decidir en contra de lo ya manifestado por ese órgano jurisdiccional.

El Auto nº 1375/2005 de la Audiencia Provincial de Barcelona Secc. 9ª de 10 de octubre recalca: *“estaríamos ante una invasión, insistimos, de una función propia del órgano sentenciador, avalada por una interpretación sistemática con lo regulado en el art. 136.2 CP que permite a dicho Juez o Tribunal ponderar la suficiencia ofrecida por el reo sobre la cantidad aplazada, y con el espíritu de los arts. 984, 985 y 986 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”*.

El Auto nº 1605 /2005 del mismo órgano judicial antes indicado de 21 de noviembre insiste: *“Y es que, ciertamente, el establecimiento del requisito de la satisfacción de las responsabilidades civiles, plantea, al igual que el caso de la suspensión de las penas privativas de libertad inferiores a dos años, la problemática de que una aplicación rigurosa del precepto (art. 75.2 LOGP) parece obviamente contraria al principio de igualdad (art. 14 CE) en relación con la finalidad resocializadora de la pena privativa de libertad (art. 25.2 CE) dado que puede suponer una discriminación por causa de la capacidad económica del interno”*.

Compartimos el criterio de los citados autos y entendemos que si el órgano sentenciador resuelve sobre la responsabilidad civil tanto en materia de suspensión como de sustitución de penas, está claro que también puede hacerlo en

materia de ejecución de penas privativas de libertad aprobando un *plan de pagos aplazados* que deben ser respetados por los demás órganos judiciales y penitenciarios.

En los supuestos expresamente previstos en el nuevo 72.5 LOGP -delitos patrimoniales de notoria gravedad y perjuicio a generalidad de personas, contra los derechos de los trabajadores, contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social y contra la Administración pública comprendidos en los capítulos V al IX del Título XIX del libro II del Código Penal- se deberá exigir, en todo caso, según la Inst. 9/2003, *el criterio objetivo*, es decir que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil o presente el aval suficiente de que podrá hacerlo en un futuro.

En este apartado la Inst. 9/2003 es mucho más restrictiva que la propia LO 7/2003 infringiendo con ello el principio de jerarquía normativa⁹⁶². Contra esta interpretación se pronunció emitiendo un voto particular Felix Pantoja García en el informe del CGPJ al Anteproyecto de esta ley, igualmente se han pronunciado varios Jueces de Vigilancia, al decir que el término "*singularmente*" no introduce un diferente trato jurídico penitenciario ni crea un régimen distinto para los penados por los delitos recogidos en el art. 72.5; por otro lado, no existe una especial razón criminológica que justifique un trato diferenciado respecto del que se apropia indebidamente de bienes ajenos. Aunque no lo recoge expresamente la citada instrucción, la DGIIPP interpreta que el caso de delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, los conceptos de notoria gravedad y generalidad de perjudicados deben ser entendidos en sentido criminológico y no jurídico y que basta con que concurra uno u otro. Opción igualmente rechazable desde el punto de vista de los principios generales que informan el derecho penal, básicamente de tipicidad y taxatividad. La Inst. 2/2004 mantiene el mismo criterio al establecer que en los delitos enunciados en el apartado 5º del art. 72 LOGO introducido por LO 7/2003 "*se deberá exigir, en todo caso, el criterio objetivo, es decir, que el*

⁹⁶² ESTEVAN DE LA FUENTE, G., "Nuevos requisitos para el acceso al tercer grado", *Revista ATIP*, Cáceres, 2004, pág. 31

penado haya satisfecho la responsabilidad civil o presente aval suficiente de que podrá hacerlo en un futuro".

Estamos de acuerdo con **González del Pozo**⁹⁶³ cuando afirma: *"No es pues admisible entender que el término singularmente introduce un diferente tratamiento jurídico penitenciario para los penados según que el delito cometido sea uno de los enumerados en el precepto o cualquier otro".*

Por todo ello, consideramos acertada la reforma de la Inst. 2/2005, de 15 de marzo, que establece que: "el término *singularmente* no introduce un diferente tratamiento jurídico penitenciario para los penados que cumplan su pena por estos delitos (indicados en el art. 72.5 LOGP), valorándose tanto el criterio objetivo como la voluntad y capacidad de pago apreciada en los factores señalados anteriormente, si bien de manera más destacada que en los demás delitos".

Ordena la Inst. 9/2003 que tanto el pago de la responsabilidad civil, como la ponderación de los criterios valorativos deben figurar expresamente en las propuestas de clasificación inicial o de progresión a tercer grado que se formulen, siendo exigible para todas las propuestas y resoluciones que se adopten a partir del día 2 de julio de 2003, con independencia de la fecha de la comisión del delito o de la sentencia condenatoria, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Única de la LO 7/2003, de 30 de junio. Por tanto, con respecto a la responsabilidad civil se vuelve a aplicar una norma con carácter retroactivo aunque en este caso lo permite la Disposición Transitoria de la LO 7/2003. Sí bien es cierto que la citada disposición establece la aplicación del art. 72.5 LOGP a todos los penados desde que entre en vigor la LO 7/2003, pero, como nos hemos pronunciado en otro momento, desde nuestro punto de vista esta aplicación retroactiva del

⁹⁶³ GONZÁLEZ POZO, J. P., "La satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito como requisito para acceder al tercer grado y obtener la libertad condicional". *XIII Reunión de Jueces de Vigilancia. Penitenciaria*, Valencia. 2004, pág.11

citado artículo para aquéllos que delinquieron con anterioridad a la fecha de su entra vigor es una aplicación retroactiva que puede afectar al derecho a la libertad pues permite frenar el acceso al tercer grado, y , por tanto, choca con el art. 9.3 de la Constitución y con el art. 2.1 CP que establece la irretroactividad de las normas desfavorables. Por tanto, nos parece muy acertado que tanto la Inst. 2/2004 como la Inst. 2005 hayan suprimido este criterio de aplicación retroactiva desfavorable para el penado⁹⁶⁴.

⁹⁶⁴ Como ejemplo de esta retroactivad desfavorable del penado hacemos mención al “caso Intelhorce”. Diario. SUR 17/2/2012. La concesión por parte de la Audiencia de Málaga del tercer grado penitenciario al empresario AGL, condenado a seis años de cárcel por el ‘caso Intelhorce’, tan solo diez meses después de ingresar en el centro penitenciario ha causado sorpresa, extrañeza y hasta cierta indignación en medios judiciales.

El tribunal ha adoptado esta decisión en contra del criterio de la juez de Vigilancia Penitenciaria y del fiscal, que se opusieron a la clasificación en tercer grado de ALG, por no haber cumplido siquiera una cuarta parte de la condena y porque el empresario aún no ha satisfecho el pago de gran parte de los 3,6 millones de euros de responsabilidad civil a la que fue condenado en la sentencia, según explicaron fuentes judiciales.

Tras ser condenado en 2001 por la Audiencia de Málaga, AGL recurrió ante el Tribunal Supremo, que confirmó en 2004 la sentencia e incluso elevó de cuatro a seis años la pena por delitos fiscal, de simulación de contrato y falsedad. Posteriormente recurrió al Tribunal Constitucional y luego solicitó el indulto, que le fue denegado. Agotadas todas las vías, ingresó finalmente en prisión el 13 de abril del año pasado para empezar a cumplir la pena.

En noviembre del año pasado su abogado recurrió ante la Audiencia de Málaga la procedencia de la concesión del tercer grado penitenciario dada la antigüedad de los hechos –la privatización de la textil Intelhorce realizada entre 1984 y 1987– y alegando que se encontraba satisfaciendo ya la responsabilidad civil que fue fijada en la sentencia. Su defensor argumentó también ante el tribunal el «total arrepentimiento mostrado» y la «desigualdad y discriminación», que se estaría produciendo con ALG, respecto de otros de los condenados que disfrutan ya del tercer grado, así como sus circunstancias personales y familiares.

El fiscal y la juez de vigilancia penitenciaria se opusieron a las pretensiones del abogado de ALG, alegando que éste no había cumplido aún una cuarta parte de la condena. Además, según fuentes judiciales, alegaron que en el

La Inst. 9/2003, la Inst. 2/2004 y la Inst. 2/2005 ordenan que las Juntas de Tratamiento deberán tener en cuenta el cumplimiento del requisito establecido en el art. 72.5 LOGP para los acuerdos de clasificación inicial en tercer grado de penados a condenas de hasta un año que tengan la consideración de resolución, conforme al artículo 103.7 RP. La Inst. 9/2007 establece que: *“Salvo en los supuestos del art. 104.4 RP, en que razones de dignidad y humanidad determinan su concesión, en todos los casos de clasificación en tercer grado, (...) que se haya satisfecho la responsabilidad civil o que no habiéndose satisfecho haya un compromiso de pago, valorándose especialmente en este aspecto las posibilidades y facilidades que el régimen abierto puede aportar para su satisfacción”*.

Llegados a este punto nos parece interesante analizar el Auto de aprobación de libertad condicional en el Exp. 412/2012 del JVP nº 5 de Valencia de fecha 7/2/0012 en el que referente al pronóstico de libertad desfavorable de la Junta de Tratamiento del CIS de Valencia por no satisfacer el penado la responsabilidad civil, manifiesta que: *“ se refiere el informe a la no satisfacción de la responsabilidad civil como factor de inadaptación, fijando un pronóstico reincidencia medio-bajo,*

expediente «consta que ha pagado tan solo 250 euros», de los 3.693.831 que debe abonar en concepto de responsabilidad civil.

El tribunal, en un auto dictado el pasado 2 de febrero, aunque reconoce que el recluso ha realizado el pago de «una escasa suma» de la responsabilidad civil a la que fue condenado, le concede el tercer grado por «el tiempo transcurrido» desde que Instituciones Penitenciarias lo clasificó en segundo grado (junio de 2011) y los meses que han transcurrido desde que recurrió el abogado de ALG (en julio 2011) y la llegada del recurso a la Audiencia de Málaga (22 de diciembre). Afirma que ha habido tiempo para el «estudio suficiente y conocimiento del interno», del que, a excepción de la duración de la pena, valora para el tercer grado «el apoyo familiar con el que cuenta, la existencia de trabajo, su primariedad delictiva y su voluntad de seguir satisfaciendo la responsabilidad civil a la que fue condenado», añade el auto.

La resolución ha sido acogida con “estupor”, según fuentes judiciales, dado que consideran en “la delincuencia de cuello blanco con delitos contra el patrimonio público debe primar en la reinserción el pago de las cantidades que han sido defraudadas al Estado”.

pero la responsabilidad civil impagada es de escasa cuantía y ya concurría cuando fue progresado a tercer grado, y no impidiendo dicha clasificación pese a ser el requisito de la responsabilidad civil par acceder al tercer grado idéntico al de la libertad condicional, no de impedir la concesión de la libertad condicional, ya que se entiende cumplido para la progresión a tercer grado debe entenderse cumplido para la libertad condicional, factores de los que cabe deducir un pronóstico favorable de reinserción social, sin que pueda equipararse a los factores de inadaptación la ausencia de hábitos laborales y la posibilidad de empleo que se citan y se reflejan en la motivación en donde se hace constar que tiene el interno escasas expectativas de integración laboral en este momento, ya que a parte de resultar contradicho por el informe social en el que se hace constar que desde los 16 años trabaja en la construcción y siempre ha estado trabajando en el mismo sector, dichas expectativas son comunes a buena parte de la población española como consecuencia de la situación económica actual del país... ”⁹⁶⁵.

Respecto al citado Auto hemos de hacer dos valoraciones, una positiva por entender que en la situación económica actual del país es difícil la posibilidad de encontrar trabajo, y más para los penados, por lo que la no satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito no es suficiente motivo para denegar la libertad condicional. Pero por otro lado, no consideramos que si el penado ya tenía esa responsabilidad civil a la hora de la progresión al tercer grado no se haya de volver a valorar para la

⁹⁶⁵ En parecido sentido se pronuncia el mismo JVP nº 5 de Valencia en el Auto 725/2012 de 28 de febrero de 2012 y en el Auto 414/12 de 3/2/2012 donde insiste en que si el penado ya cuando fue progresado a tercer grado carecía de bienes, no impidiendo la clasificación en tercer grado, por tanto la falta de satisfacción de la responsabilidad “no debe impedir la concesión de la libertad condicional, ya que si se entiende cumplido para progresión a tercer grado debe entenderse cumplido para la libertad condicional”. Lo que sí es importante de este Auto es que en el mismo se valora que el penado está declarado insolvente por el Penal nº 14 de Valencia y, por tanto, nosotros entendemos que con esta motivación sería suficiente para aprobar la libertad condicional.

libertad condicional puesto que así lo exige el art. 90.1.c en relación con el art.72.5 de la LOGP, imaginemos el caso de que el penado venga a mejor fortuna (hereda, le toca la lotería, etc.) en los que habría que tener en cuenta esta nueva circunstancia que hace posible un pago que antes no lo era, o el caso contrario el penado que está pagando y deja de pagar, habrá que estudiar este motivo como factor más, favorable o desfavorable, pero no único para la libertad condicional.

Para **Bueno Arús** la introducción del factor del pago de la responsabilidad civil lo considera: "muy adecuado, creo que es una de las pocas reformas de la LO 7/2003 que me satisfacen, que la ley vincule el disfrute de una ventaja o beneficio por parte del delincuente a que éste subsane en todo o en parte la deuda para con la víctima. Los derechos de ésta deben ser defendidos aprovechando todos los resquicios que permitan el ordenamiento jurídico y el sistema penal. (...). Si el sujeto está en condiciones de pagar la responsabilidad civil y no quiere hacerlo, su actitud es valorable, no como dato meramente objetivo de que no paga, sino como el dato sorprendente subjetivo de que negarse a pagar pudiendo hacerlo pone de manifiesto una importante falta de nivel de aptitud del sujeto para resocializarse o reeducarse en el sentido de las leyes penales y penitenciarias. Luego coaccionarle para que pague es enseñarle pragmáticamente que el cumplimiento de los deberes hacia las víctimas es una patente muestra de que el sujeto está haciendo precisamente lo que cabe esperar de él"⁹⁶⁶. No cabe duda que la progresión a régimen abierto, el adelantamiento de la libertad condicional y ésta misma son mecanismos penitenciarios que pueden estimular el pago de la responsabilidad civil y que la Administración Penitenciaria puede utilizar instrumentos para "influir" en la satisfacción de la responsabilidad civil. Basta citar como ejemplo que en las resoluciones de clasificación o progresión a tercer grado la SGIIPP, cuando el penado tiene responsabilidades civiles pendientes de satisfacer, suele imponer con buen criterio, la condición: "*La aplicación del tercer grado*

⁹⁶⁶ Entrevista *Revista ATIP* (Asociación Técnicos IIPP), Cáceres, N° 1 año 2004, págs. 5-6

se efectúa condicionada al compromiso manifestado (se adjunta el documento en la propuesta) por el interno de satisfacer la responsabilidad civil impuesta en sentencia, en función de su acceso a un trabajo retribuido durante el cumplimiento en régimen abierto”.

A pesar de todo lo expuesto, consideramos que lo que realmente habría que valorar no es tanto la efectiva satisfacción de la responsabilidad civil, sino la actitud del delincuente hacia la víctima para valorar cual pueda entenderse, como un elemento más, la conducta desplegada respecto a la reparación del daño⁹⁶⁷. Con satisfacer la responsabilidad civil no basta para entender que el penado ha comprendido el mal causado y que siente empatía hacia la víctima. Por todo ello consideramos oportuno implementar programas de tratamiento penitenciarios de reparación a las víctimas en la línea enunciada en el art. 91.2 CP para el adelantamiento de la libertad condicional.

2. La reparación penitenciaria del daño

La ejecución penitencia de la pena debe posibilitar la reinserción comunitaria del penado, favoreciendo dinámicas de “responsabilización” por el hecho cometido, a través, preferentemente, del instituto de la reparación del daño, ello conferiría sentido al *paradigma de reintegración comunitaria del victimario*⁹⁶⁸.

Según **Tamarit Sumalla**⁹⁶⁹ ninguna referencia contenía la legislación penal y penitenciaria a la reparación del daño una vez iniciada la ejecución de la pena privativa de libertad. Para

⁹⁶⁷ ESTEVAN DE LA FUENTE, G., “Nuevos requisitos...”, *op. cit.*, pág. 28

⁹⁶⁸ SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J., “El Juez en la ejecución de las penas privativas de libertad”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, pág. 6, consultada 15/11/2012

⁹⁶⁹ GARCÍA ALBERO, R. y TAMARIT SUMALLA., J. M^a, *La reforma...*, *op. cit.*, pág.114. También en TAMARIT SUMALLA, J. M^a., GARCÍA ALBERO, R., RODRÍGUEZ PUERTA, M^a J. y SAPENA GRAU, F., *Curso...*, *op. cit.*, 2^a Ed., 2005, pág. 279

este autor la regulación del tratamiento penitenciario desconoce toda referencia a la compensación de las consecuencias del hecho, la atención a la víctima o la modificación de actitudes ante potenciales víctimas. El legislador de 1979, preocupado absolutamente por erigir un sistema orientado a la reinserción social del delincuente, en ningún momento tomó en cuenta aspectos de la ejecución penal relacionados con los intereses de la víctima y con la reparación. Ello se expresa especialmente en lo relativo al tratamiento. Con todo, el marco normativo es suficientemente amplio como para haber permitido el desarrollo de programas que tienen entre sus objetivos promover en los internos una sensibilidad hacia las víctimas o un trabajo de la empatía. El art. 66-2 LOGP alude a “sesiones de psicoterapia de grupo” y de “terapia de comportamiento” (expresiones que deben ser interpretadas con cierta flexibilidad y amplitud de criterios, dado el carácter evolutivo de las ciencias de la conducta), o en general procedimientos que tiendan a “modificar el sistema de actitudes del interno”, con respeto absoluto a su personalidad. Los programas mencionados pueden ser tenidos como antecedentes de proyectos más ambiciosos inspirados en la justicia reparadora⁹⁷⁰.

Nosotros consideramos que tanto la reparación del daño como la satisfacción de la responsabilidad civil ya se podía valorar como factores intervinientes en la clasificación dentro de los recogidos en el art. 63 LOGP al analizar el historial delictivo del interno valorando si el penado había reparado el daño causado y/o había indemnizado a la víctima, es decir, teniendo en cuenta su actitud ante el delito y la víctima, y aunque se utilizaba con poca frecuencia sí que se estimaban como factores muy decisivos en los delitos contra el patrimonio cometidos sin violencia si el penado había reparado el daño y/o satisfecho la responsabilidad civil. Además el art. 59 LOGP establece que el tratamiento pretende hacer del penado una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la ley penal así

⁹⁷⁰ TAMARIT SUMALLA, J. M^a., “La justicia reparadora en la ejecución penal ante las reformas penales”, *Revista General del Derecho Penal. Iustel*, N^o 1, 2004, pág. 17

como subvenir a sus necesidades, procurándose que desarrollen una actitud de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general. Por tanto, el factor asumir la responsabilidad comprende lógicamente la reparación del daño y/o la satisfacción de la responsabilidad civil; así pues, si el penado pudiendo reparar el daño o satisfacer la responsabilidad civil no lo hacía se podía considerar antes de la reforma de la LO 7/2003, de 30 de junio, como un motivo de no progresión de grado. En relación con este tema el art. 33.1.d LOGP al regular el trabajo penitenciario dispone que la Administración Penitenciaria debe de procurar que los internos "*contribuyan al sostenimiento de sus cargas familiares y al cumplimiento del resto de sus obligaciones*", y no cabe duda que una de ellas es la responsabilidad civil derivada del delito⁹⁷¹, con lo cual el penado podría satisfacerla con los ingresos ocasionados por su trabajo durante la ejecución de la pena siempre y cuando tengan el carácter de embargables o si él voluntariamente quiere proceder al pago.

Por tanto, podemos concluir en que si bien la legislación penitenciaria no hacía referencia expresa a la reparación del daño ni a la responsabilidad civil, éstos siempre han sido factores que se han podido utilizar si se consideraba oportuno para la clasificación en tercer grado. Si bien la clasificación y tratamiento penitenciario se centra en la personalidad del victimario es necesario tener en cuenta como criterio resocializador del mismo la actividad reparadora a la víctima⁹⁷². En la Reunión de los Jueces de Vigilancia del año 2005 se acordó que el requisito del pago de la responsabilidad civil constituye una variable a ponderar, junto con el resto de variables clasificatorias, exclusivamente en los supuestos de clasificación o progresión al tercer grado. Tal variable hace referencia al aspecto de la personalidad del acusado relativo a su

⁹⁷¹ TAMARIT SUMALLA, J. M^a., GARCÍA ALBERO, R., RODRÍGUEZ PUERTA, M^a J. y SAPENA GRAU, F., *Curso. ..., op. cit.*, 2^a Ed. 2005, pág. 280

⁹⁷² SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I., *Las víctimas, juicio oral y sentencia*, Vitoria, 2000, pág. 132

actitud o posición frente al delito, y comporta la plena asunción de la responsabilidad delictiva y una inequívoca *voluntad de reparación del daño causado por el delito, materializada en el esfuerzo dirigido a su reparación*. En tal sentido, la valoración positiva de esta variable reviste una importancia fundamental para la clasificación o progresión a tercer grado de los penados condenados por la comisión de delitos cuyo móvil único o principal haya sido el ánimo de lucro.

No cabe duda que tras la entrada en vigor de la LO 7/2003 el factor de la responsabilidad civil puede ser determinante para la clasificación en tercer grado⁹⁷³, sobre todo, en los delitos socioeconómicos que establece el art. 72.5 LOGP. Ahora bien, la satisfacción de la responsabilidad civil ha de calificarse como positiva siempre que se refiera a la actitud y no meramente a la capacidad económica, pues entender que sólo puede acceder al tercer grado el que la satisface sería volver al anacronismo de la "prisión por deudas". Así lo entendió el legislador cuando, el grupo mayoritario en aquel momento (Partido Popular), en la Comisión parlamentaria se debatía el Proyecto de LO 7/2003, en el que se trataba de rebatir la

⁹⁷³ *Diario Información de Alicante*. 27/6/2011. La Audiencia Provincial ha denegado a Pedro Ruiz, conocido como el agresor del ácido, pasar al tercer grado penitenciario por no haber pagado las indemnizaciones a su víctima, según confirmaron a este diario fuentes judiciales. El preso tenía que haber pasado ayer a este régimen de semilibertad pero los magistrados han acordado que cumpla los tres años que le restan de condena en la prisión. Pedro Ruiz fue condenado a doce años de cárcel por haber rociado con ácido sulfúrico en la cara a su expareja y hace poco había empezado a disfrutar de permisos penitenciarios. El argumento que han dado los magistrados es que el agresor no ha pagado ni de lejos la indemnización que tenía que haber dado a la víctima. La sentencia fijó en su día una compensación por los daños sufridos de 325.000 euros, de los cuales ha pagado tan sólo 1.500 euros. Fuentes de la Audiencia señalaron que, al margen de esta cantidad, la víctima ha podido percibir algún dinero también del fondo estatal de ayuda a las maltratadas. En este sentido, la Audiencia ha llegado a resolver en alguna ocasión que las maltratadas también puedan exigir el dinero al Estado con cargo a los fondos para las víctimas del terrorismo en el caso de que su agresor sea declarado insolvente y no puedan ver ni un euro de las indemnizaciones. De haberse acordado la concesión del tercer grado, desde ayer mismo el reo hubiera quedado en un régimen de semilibertad.

acusación de que con la reforma proyectada se volvía a la prisión por deudas: “*Estos criterios del art. 72 LOGP no son automáticos, sino que pretenden valorar la capacidad real del condenado para satisfacer la responsabilidad civil y la conducta que haya observado*”⁹⁷⁴. En este mismo sentido se pronuncia el Auto del JVP nº 3 de Madrid, de 14 de septiembre de 2009 al indicar que: “*la problemática de que una aplicación rigurosa del precepto parece obviamente contraria al principio de igualdad en relación con la finalidad resocializadora de la pena privativa de libertad dado que puede suponer una sanción a los internos por el hecho de no disponer de medios par el abono de dichas responsabilidades, además puede suponer una “prisión por deudas” proscrita en nuestro ordenamiento jurídico por tratados internacionales suscritos por España, de obligado cumplimiento según el art. 10 CE*”.

Desde nuestro punto de vista, responsabilizar del cobro de la responsabilidad civil a la Administración Penitenciaria es un tema complicado puesto que la Junta de Tratamiento, que dispone de un información incompleta⁹⁷⁵, no constituye un órgano capacitado para valorar el esfuerzo del penado para satisfacerla, pues si el Juez o Tribunal sentenciador no ha llegado a demostrar la solvencia del condenado ¿cómo puede hacerlo la Junta de Tratamiento que no puede acudir a solicitar datos fiscales?. Este órgano penitenciario sólo podrá estudiar el historial laboral del penado, valorando si tiene hábitos laborales consolidados, cualificación profesional, si tiene una oferta de trabajo, etc.; y en función de ello estimar si el interno podrá hacer el pago en un futuro.

Renart García⁹⁷⁶ afirma que el legislador de 2003 procede a endurecer aun más la posibilidad de clasificación en

⁹⁷⁴ Diario de sesiones del Congreso de los Diputados núm. 761, de 13 de mayo de 2003. Pág. 24249

⁹⁷⁵ TAMARIT SUMALLA, J. M^a., GARCÍA ALBERO, R., RODRÍGUEZ PUERTA, M^a J. y SAPENA GRAU, F., *Curso. ...*, op. cit., 2^a Ed. 2005, pág. 282

⁹⁷⁶ RENART GARCÍA, F., *La libertad condicional...*, op. cit., pág.123

régimen abierto al supeditarla además a la satisfacción de la responsabilidad civil dimanante del delito. También hemos visto que gran parte de la doctrina opina que esta reforma si lo que pretende es concienciar al penado de su responsabilidad por los delitos cometidos la simple satisfacción de la responsabilidad civil no garantiza esa no reincidencia delictiva.

Desde nuestro punto de vista nos planteamos una reflexión: el legislador de 2003 verdaderamente apuesta por la reinserción del penado, o quizá lo hace más para poner más trabas en el acceso al tercer grado, y que por tanto se produzca más *cumplimiento efectivo* de la pena en régimen ordinario. Para resolver la duda basta con ir al título de la LO 7/2003 que sólo se refiere al cumplimiento íntegro y efectivo de la pena, y para nada habla de reinserción y rehabilitación del penado que sólo se plantea en algunos artículos de forma secundaria porque lo que el legislador pretendía, entre otras cosas como medida publicitaria, era garantizar la seguridad ciudadana ampliando el tiempo de estancia en prisión ordinaria de la mayoría de los penados. En este sentido se pronuncia **Tamarit Sumalla** al reconocer que la orientación general de la reforma es de corte punitivista⁹⁷⁷. Pero como bien dice **Cervelló Donderis** desde una perspectiva resocializadora en el sentido constitucional este requisito no debe obstaculizar la reinserción, de lo contrario se estará manteniendo una interpretación de la responsabilidad civil incompatible con el mandato constitucional⁹⁷⁸. Por ello la finalidad de la satisfacción de la responsabilidad civil encaja claramente dentro de la prevención especial recogida en el art. 25.2 CE, puesto de lo que se trata es de lograr que el penado asuma la responsabilidad por el delito cometido como una prueba más de su intención de reinserción ante la sociedad. Si por otro lado según el art. 59 LOGP “*el tratamiento penitenciario consiste en el conjunto de actividades*

⁹⁷⁷ GARCÍA ALBERO, R. y TAMARIT SUMALLA, J. M^a., *La reforma...*, *op. cit.*, pág.124

⁹⁷⁸ CERVELLÓ DONDERIS, V., “Responsabilidad civil y tratamiento penitenciario” dentro de la obra *Derecho penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones.*, CGPJ, Madrid, 2007, pág. 94.

directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social”, no cabe duda que esta “actitud de respeto” no se alcanza en abstracto sino mediante la íntima ligazón con la víctima, como premisa para no generar nuevas víctimas en el futuro. Por ello si el interno continúa durante el cumplimiento de la pena con una inadecuada actitud ante las víctimas no habrá superado parte de las variables cualitativas “*directamente relacionadas con la actividad delictiva*” (art. 106.2 RP), de satisfacción de todos los distintos fines legítimos de la pena y no podrá acceder al tercer grado ni a la libertad condicional.

Por tanto derivar el desplazamiento de la responsabilidad civil a la vía penitenciaria le dota de un sentido tratamental que permite actuar sobre el sujeto, no sólo para facilitarle los medios para cumplirla en casos de insolvencia⁹⁷⁹ (por ejemplo, facilitándole trabajo remunerado en los talleres productivos en el interior del centro penitenciario o en el exterior en caso de poder salir al estar clasificado en 3º grado o 2º con aplicación del art. 100.2 RP), sino también para motivarle que debe satisfacerla como un paso más a su reinserción.

Estamos de acuerdo con que la interpretación de la satisfacción de la responsabilidad civil debería interpretarse como una propuesta que reviste una vital importancia porque no sólo refleja un sentido flexible, educativo y resocializador del cumplimiento de la responsabilidad civil, sino que está abriendo el camino a un contenido específico del tratamiento penitenciario de los delitos patrimoniales que han sido tradicionalmente los más olvidados entre los tratamientos específicos desarrollados en el ámbito penitenciario⁹⁸⁰. Es cierto que actualmente en casi ningún centro penitenciario se realizan programas para penados que han cometido delitos contra la propiedad, y para los cuales realizar una intervención penitenciaria en cuanto a asumir la empatía con las víctimas del

⁹⁷⁹ CERVELLÓ DONDERIS, V., “Responsabilidad civil y...”, *op. cit.*, pág. 110

⁹⁸⁰ CERVELLÓ DONDERIS, V., “Responsabilidad civil y...”, *op. cit.*, pág. 121

delito y abonarles las responsabilidades civiles pueden ser unos de los principales objetivos para su futura reinserción.

Desde el punto de vista del penado, la justicia reparadora aumenta las posibilidades de éxito del tratamiento penitenciario. Favorece la sensibilización sobre las consecuencias del delito, el desarrollo de la empatía y la asunción de responsabilidad, sirviendo como contrapeso de las estrategias de neutralización o de las distorsiones cognitivas que constituyen uno de los principales obstáculos para la adopción de actitudes prosociales. La mediación con la víctima real aporta un valor añadido respecto a otras intervenciones terapéuticas basadas en víctimas análogas o en programas de sensibilización hacia víctimas genéricas, aunque debe recordarse la universalidad propia de una buena práctica de la justicia reparadora, que permite aplicarla a delitos sin víctima o en aquellos casos en que ésta rechace participar en el proceso.

La mediación penal víctima-infractor es un proceso en el que la víctima y el infractor se reúnen cara a cara (si es posible) con un mediador. Ambos conversan sobre el incidente, la víctima puede hacer preguntas y recibir información, además de expresar sus sentimientos. Las víctimas obtienen una sensación de cierre con respecto al incidente de liberar su “ira” y otras emociones⁹⁸¹.

Los infractores consiguen ver a sus víctimas como personas y no sólo como objetos aleatorios. Tienen la oportunidad de responsabilizarse, reducir la vergüenza dañina y hacer la restitución. Como parte del programa, el mediador se reúne con la víctima y el ofensor por separado antes de una sesión conjunta, les explica el proceso, analiza las posibilidades de desarrollar el espacio de cada parte, prepara a cada uno en el uso efectivo de la comunicación, aclara presunciones y expectativas.

⁹⁸¹ DEL VAL, MARÍA TERESA, “Mediación en materia penal: ¿la mediación previene el delito?” *Revista de Mediación*, Nº 50. Abril, 2008.

Las prácticas restaurativas, como la mediación y otras, pretenden que los infractores se responsabilicen de sus conductas. Esto es importantísimo, en el sentido de que sólo si asumen y se mentalizan que han violado una norma y han dañado a una persona, pueden llegar a comprender hasta qué punto su acción ha perjudicado a esa persona y a la sociedad en su conjunto. Por otro lado, porque si se logra que el infractor valore y reconozca al menos en parte todo esto, servirá para que no vuelva a cometer el mismo o similares hechos delictivos⁹⁸².

Se trataría de “educar” en el sentido de hacerles comprender, vean y oigan de forma directa (a través de la víctima) que su actitud es dañosa y perjudicial y que no tienen derecho a seguir con esa actitud. Lógicamente, no todos los infractores podrán reflexionar y asumir sus conductas, pero por esta vía se puede conseguir que algunos lo hagan, reduciendo la reincidencia. La víctima va a conseguir liberarse del “rol” de víctima que le puede llegar a acompañar durante toda la vida. Se puede desahogar, expresar sus temores, angustias e ira⁹⁸³. Puede conseguir fortaleza y seguridad, lo mismo que la comunidad, pues a través de estas herramientas como la mediación, los daños que se han causado a la víctima y que también repercuten en la sociedad pueden repararse y/o disminuirse de forma considerable.

Además, los principios jurídicos básicos del tratamiento penitenciario muestran un apreciable grado de concordancia con los de la justicia reparadora, como sucede con la voluntariedad o con el carácter dinámico e incentivador de sistema de cumplimiento y el estímulo de la participación del interno en el tratamiento.

⁹⁸³ DOMINGO DE LA FUENTE, V, “Presente y futuro de la Mediación Penal y Justicia Restaurativa en España”, *Revista de Mediación*. Nº 00/2010/681, consulta 18/6/2012

Respecto al programa de reinserción de terroristas y miembros de delincuencia organizada que puso en marcha la SGIIPP durante el año 2012, como bien dice Domingo De La Fuente conviene hacer una serie de consideraciones para evitar el rechazo frontal tanto por las víctimas como por el resto de la sociedad⁹⁸⁴:

1°. Se debe tener claro qué es la Justicia Restaurativa, y su misión de ayuda y revalorización de las víctimas. Sin esto, chocaremos una y otra vez con el rechazo de estas. Un problema es que estos encuentros restaurativos están incluidos dentro del plan de reinserción de presos, con lo que automáticamente parece que el centro de atención son estos delincuentes y se relaciona con la obtención de beneficios penitenciarios. Lo lógico y deseable sería incluir esta posibilidad de encuentros dentro del futuro estatuto de víctimas o en alguna otra norma de ayuda a las personas que sufren delitos. (Así se podrá apreciar de una manera más visible que el centro de atención son las víctimas).

2°. Se debería propiciarse estos encuentros en toda clase de delitos serios y no solo en terrorismo, siempre que las víctimas así lo deseen, de esta forma no haríamos distinciones entre víctimas, y no haríamos diferencias entre delincuentes, puesto que la reinserción debe propiciarse en todos. Así la sociedad no pensaría que se está dando un tratamiento especial y diferente a estos presos por cuestiones políticas.

3°. Si verdaderamente se han hecho ya, encuentros restaurativos con éxito, se necesitan no tantos "teóricos", sino víctimas que cuenten su historia. Es esencial que las víctimas hablen y ofrezcan su visión de en qué les ha ayudado la justicia restaurativa. Hay que dar voz a las personas que sufren un delito, esto es importantísimo en la Justicia restaurativa ya sea dentro de estos encuentros o de una forma global.

⁹⁸⁴ DOMINGO DE LA FUENTE, V., "La Justicia Restaurativa está por y para las víctimas".

[http://cj-worldnews.com/spain/.](http://cj-worldnews.com/spain/), consulta 18/6/2012

4°. Se debería evitar el secretismo e informar a los ciudadanos de forma clara qué se va a hacer, añadiendo que esta justicia no justifica los delitos ni trata de ser blanda con los infractores sino todo lo contrario, pues posibilita que el delincuente se enfrente cara a cara si es posible, con la persona a la que causó un daño, algo que para muchos infractores es muy duro y difícil.

5°. En delitos tan graves, estos encuentros deben tener el objetivo de ayudar a las víctimas a superar el delito y facilitar que el delincuente asuma su responsabilidad. Por supuesto, que esta concienciación del infractor puede facilitar la reinserción ya que si verdaderamente se arrepienten, es más probable que cuando salgan de prisión no quieran y no vuelvan a delinquir. Pero esto no debería implicar beneficios penitenciarios, al menos de forma inmediata, ¿Por qué? Porque son delitos muy serios, y si obtuvieran estos beneficios, dañaríamos la sensibilidad de las víctimas y de la comunidad, y además nunca podríamos estar seguros de que el arrepentimiento es real y no guiado por cuestiones egoístas e interesadas. Está claro que estos delitos tienen un contenido ideológico y político pero causan unos daños que no se deben minimizar puesto que perjudicaron a seres humanos inocentes.

Una persuasiva línea argumental viene a destacar las ventajas de la mediación posterior a la condena al permitir un respeto más exquisito a las garantías del procedimiento. Las suspicacias, más o menos fundamentadas, que se han levantado ante la mediación penal antecedente desde la perspectiva de la presunción de inocencia se difuminan del todo cuando la justicia reparadora se hace efectiva después de un pronunciamiento formal y definitivo de culpabilidad. Por otra parte, las limitaciones legales para la introducción de prácticas de justicia reparadora en el proceso penal en sistemas como el español no existen en sede de ejecución. Por el contrario, el sistema legal de cumplimiento de las penas privativas de libertad está presidido por una flexibilidad. Esta flexibilidad llega al punto de que se haya hablado de una “individualización penitenciaria de la pena”. La progresión en grado, los permisos de salida, las relaciones con el exterior, el adelantamiento de la libertad

condicional, sin excluir otros beneficios penitenciarios, son instrumentos valiosos con los que puede verse estimulado el interés de los internos para participar en programas de justicia reparatora⁹⁸⁵.

Para finalizar hemos de indicar que el Anteproyecto de reforma de la LOGP presentado el 6 de junio de 2005, establece en el art. 72.6 como requisito para el tercer grado el esfuerzo reparator del penado para hacer frente a las responsabilidades civiles derivadas del delito, manteniendo los criterios actuales y suprimiendo, acertadamente, la expresión singularmente respecto a un grupo de delitos.

También hemos de dejar aquí constancia que igualmente el requisito de la satisfacción de la responsabilidad civil es necesario acreditarlo para acceder a la libertad condicional (art. 90.1 CP), estableciendo que se tienen que cumplir los criterios establecidos en el art. 72.5 LOGP, sin los cuales el pronóstico individualizado y favorable de reinserción social emitido por la Junta de Tratamiento del Establecimiento penitenciario (art. 67 LOGP) debe ser desfavorable. Entendemos que toda interpretación que hemos hecho del art. 72.5 puede ser aplicada al art. 90.1 CP en el sentido de volver a valorar la responsabilidad civil como un requisito más para la libertad condicional pero si el penado no puede hacer frente aquélla ello no debe impedir el disfrute de la misma si se cumplen los demás requisitos; volvemos a opinar que lo importante es *valorar el esfuerzo realizado por el penado para satisfacerla*.

Según **Mapelli Caffarena** se ha apuntado que la incorporación del requisito de la responsabilidad civil para el tercer grado y la libertad condicional acerca estas figuras a la sustitución y la suspensión de la pena y las aleja de la individualización científica⁹⁸⁶, pero dependerá de la orientación que se de a este requisito y no su mera exigencia lo que permita

⁹⁸⁵ TAMARIT SUMALLA, J. M^a, “La justicia reparatora en...”, *op. cit.*, pág. 12

⁹⁸⁶ MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas.... op. cit.*, Navarra, 2005, pág. 173

mantener su vínculo con el espíritu del sistema de individualización científica⁹⁸⁷.

La clara vinculación que existe entre el tercer grado y la libertad condicional con respecto a la satisfacción de la responsabilidad civil queda claro en numerosos Autos de Jueces de Vigilancia, como el Auto 3107/2006, de 3 de julio, JVP N° 2 de Madrid en Exp. 202/2006, que acordó: *“Ciertamente el penado no ha satisfecho las responsabilidades civiles pero ha sido declarado insolvente en fecha reciente, y se compromete a pagar en la medida de sus fuerzas, un vez en tercer grado, merced a la oferta de trabajo que tiene con un salario de 14.000 euros anuales. Evidentemente, pues, el actual impago no puede considerarse a efectos de clasificación en tercer grado, aunque pueda, en su día, tenerse en cuenta a efectos de libertad condicional (punto éste sobre el que el interno no debe llevarse a engaño). En consecuencia, debe estimarse el recurso y acordarse la progresión a tercer grado del penado...”*

⁹⁸⁷ CERVELLÓ DONDERIS, V., “Responsabilidad civil y...”, *op.cit.*, pág. 120. En el mismo sentido se pronuncia en *Derecho...*, 2ª Ed., págs. 145 a 147.

CAPÍTULO V: LOS SUPUESTOS EXCEPCIONALES DE CLASIFICACIÓN EN TERCER GRADO

A. SUPUESTOS EXCEPCIONALES DE CLASIFICACIÓN EN TERCER GRADO

1. Mayor de setenta años y enfermedad grave en incurable

a) Los antecedentes legislativos

El origen de los supuestos excepcionales de clasificación en tercer grado por ser mayor de setenta años o padecer enfermedad grave lo encontramos en nuestro ordenamiento jurídico en el Decreto de 22 de marzo de 1932, que regulaba la libertad condicional de los condenados mayores de setenta años. Esta tendencia ya se había puesto de manifiesto en el Decreto de 10 de diciembre de 1931 que indultó a los penados mayores de setenta años. El art. 11 del Decreto de 22 de marzo de 1932 enumeraba los requisitos necesarios para proponer la concesión de la libertad condicional a los penados septuagenarios:

1. Que el sentenciado que esté cumpliendo su condena, cumpla la edad de setenta años. En este sentido, una Disposición Transitoria establecía que *"Los penados que tengan cumplida la edad de setenta años a la publicación de este Decreto, serán objeto de propuesta inmediata [...]".*

2. Que hayan dado pruebas de intachable conducta.

3. Que ofrezcan garantías de hacer vida honrada en libertad.

El Decreto de 22 de marzo de 1932 estaba modificando para los penados mayores de setenta años las condiciones generales para acceder a la libertad condicional que exigían el art. 174 del CP de 1928 y el art. 46 del RSP de 14 de noviembre de 1930, que excluía de su cumplimiento las dos siguientes:

-Que se hallen en el tercer periodo de tratamiento.

-Que hayan extinguido un tiempo determinado de sus condenas.

Ya entonces se planteó una polémica idéntica a la que años más tarde se reproduciría con el art. 60 del RP de 1981, se planteaba si la supresión de los requisitos legales de haber cumplido una parte de la condena y de hallarse en el tercer período de tratamiento por una norma de rango inferior, como es un decreto, podía o no vulnerar el principio de jerarquía normativa.

Unos años más tarde, el art. 66 del RSP de 5 de marzo de 1948 regulará también la libertad condicional de los penados septuagenarios. Este precepto contempla la institución como una excepción del art. 65, que regula la libertad condicional. Así, el penado de setenta años tenía que cumplir todos los requisitos legales para acceder a la libertad condicional, excepto el haber extinguido las tres cuartas partes de su condena. Sí se exige, en cambio, que se halle en el tercer periodo de tratamiento, circunstancia que no se requería en el Decreto de 22 de marzo de 1932.

Posteriormente, el art. 54 del RSP de 1956 establecerá: *"No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, los sentenciados que hubieran cumplido la edad de setenta años, o la cumplan durante la extinción de la condena, habiendo dado pruebas de su intachable conducta y ofreciendo garantías de hacer vida honrada en libertad, podrán ser propuestos para la concesión del beneficio de libertad condicional, cualquiera que sea el periodo de tratamiento en que se encuentren y el tiempo que lleven extinguido de sus penas respectivas."*

El legislador modifica de nuevo el criterio del art. 66 del RSP de 1948, al no exigir al penado de setenta años el requisito

de estar en el tercer periodo de tratamiento. Retorna así a la idea original mantenida en el Decreto de 22 de marzo de 1932.

El Real Decreto de 29 de julio de 1977 añadió al art. 54 del RSP de 1956 un segundo párrafo, establecía: *"Igual sistema se seguirá cuando, según el informe médico, se trate de enfermos muy graves, con padecimientos incurables."* Se introduce así por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico el supuesto excepcional de la libertad condicional por enfermedad muy grave e incurable.

Más tarde, los dos párrafos se incorporarán al art. 60 del RP de 1981, aunque el primero de ellos quedará modificado: *"No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, los sentenciados que hubieran cumplido la edad de setenta años, o la cumplan durante la extinción de la condena y reúnan los requisitos establecidos, excepto el haber extinguido las tres cuartas partes de aquélla, podrán ser propuestos para la concesión de la libertad condicional."*

El legislador vuelve, una vez más, a cambiar de criterio, exigiendo al penado de setenta años el requisito de que se halle en el tercer periodo de tratamiento, condición que ya se mantendrá hasta nuestros días.

La doctrina científica, como indica **Vega Alocén**⁹⁸⁸, advirtió rápidamente la ilegalidad que se estaba produciendo. El problema era que una norma reglamentaria, el art. 60 del RP de 1981 estaba modificando una norma con rango de ley orgánica, como era el art. 98 del CP de 1973.

Así, el art. 98 del CP establecía taxativamente los requisitos imprescindibles que debían cumplirse para que un penado pudiera disfrutar de la libertad condicional, entre los cuales se incluía el haber extinguido las tres cuartas partes de la condena. Pero una norma jerárquicamente inferior, como es un

⁹⁸⁸ VEGA ALOCÉN, M., "Supuestos excepcionales a de la libertad condicional: los septuagenarios y los enfermos incurables; una solución equivocada", (Primer accésit del III Premio Antonio Maura de textos jurídicos), *Cuadernos de Derecho Penitenciario*, Nº 6, Madrid, 1999, pág. 3

reglamento penitenciario, modificaba el CP, al exceptuar de su cumplimiento el requisito de haber extinguido las tres cuartas partes de la condena para los supuestos excepcionales de la libertad condicional: los septuagenarios y los enfermos incurables. De esta forma, se estaba vulnerando el principio de jerarquía normativa, que se recoge en nuestro ordenamiento jurídico en:

- El art. 9.3 de la CE que afirma la supremacía de la ley.

- El art. 6 de la LOPJ que ordena a los Jueces y Tribunales no aplicar los reglamentos o cualesquiera otras disposiciones contrarias a la ley.

-El art. 1.2. Código Civil advierte que carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior.

Manzanares Samaniego⁹⁸⁹ afirma que *"la ilegalidad de la regulación reglamentaria resulta notoria desde el momento en que [...] se prescinde del requisito consistente en que se haya extinguido las tres cuartas partes de la condena"*. Por su parte, **Asensio Cantisán**⁹⁹⁰ observa que es evidente la ilegalidad del mencionado art. 60 del RP de 1981. Además, el art. 6 de la LOPJ obliga a la no aplicación del citado precepto. Pero como advierte **Sánchez Yllera**⁹⁹¹, a pesar de las protestas unánimes de la doctrina de ser una regulación *contra legem*, en la práctica era regularmente aplicada por los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria.

⁹⁸⁹ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Individualización científica y libertad condicional*, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1984, pág.78.

⁹⁹⁰ ASENSIO CANTISÁN, H., "Algunas consideraciones en torno a la libertad condicional". *Revista Jurídica La Ley*, Tomo I, 1989, Madrid, 1989, pág. 1004.

⁹⁹¹ SÁNCHEZ YLLERA, I. "La libertad condicional. Cuestiones prácticas de su aplicación". VI Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria, Madrid, 1994, pág.153.

Aún reconociendo, pues, como evidente este error legislativo, un sector de la doctrina científica defendía la aplicación del art. 60 RP de 1981 por dos razones:

-Razones de justicia material, como son las dificultades para delinquir y la escasa peligrosidad de los beneficiarios.

-Razones humanitarias, pues su aplicación favorecía al penado, a su familia y a la sociedad en general.

En este sentido, la Fiscalía General del Estado en su consulta nº 4, de 5 de noviembre de 1990, concluía diciendo que *"el Ministerio Fiscal podía seguir informando en sentido positivo las solicitudes de libertad condicional en que los interesados sean enfermos graves e irrecuperables, pero no de modo automático o general sino con carácter singular y concurriendo los requisitos [...] requeridos por el art. 60 del Reglamento penitenciario, aunque no se haya cumplido aún el previsto en el art. 98.2 del Código Penal"*.

Una opinión idéntica defendió la Sala de vacaciones del TS en Auto de 19 de agosto de 1988, en donde declaraba textualmente que *"no es ocioso decir, en este momento, que la razón de humanidad que parece estar en la base de la norma reglamentaria que consideramos, de un lado lleva a rechazar que la misma suponga una violación del principio de jerarquía normativa, puesto que aun no estando respaldada por la LOGP, lo está sin duda alguna por el art. 10.1 de la Constitución, en el que la dignidad humana se proclama fundamento del orden político y de la paz social, y quizás por el art. 15 de la misma norma, que prohíbe las penas inhumanas"*.

En todo caso, el legislador, atendiendo a la crítica certera de la doctrina científica, solucionó este error de técnica jurídica en el art. 92 del CP de 1995, donde incorporó los dos supuestos excepcionales de la libertad condicional, la de los septuagenarios y la de los enfermos muy graves con padecimientos incurables.

b) El fundamento jurídico

El fundamento jurídico del tercer grado por ser mayor de setenta años es el mismo que el de la libertad condicional, y que no es otro que una institución diseñada para excluir por razones humanitarias del ámbito penal a los mayores de setenta años⁹⁹². Por si esto no fuese suficiente, el Decreto de 29 de julio de 1977, que modifica parcialmente el RSP de 2 de febrero de 1956, extiende también el supuesto excepcional de la libertad condicional a los penados que sufran una enfermedad muy grave con padecimientos incurables. En consecuencia, el legislador pretende por razones humanitarias excluir de la responsabilidad penal a los penados mayores de setenta años y a los enfermos incurables y, para conseguirlo, utiliza la institución de la libertad condicional, que no es más que una fase del tratamiento penitenciario que persigue la reeducación y la reinserción social del penado. El legislador, pues, intenta lograr una idea humanitaria a través de una institución esencialmente reeducadora.

La doctrina científica y la jurisprudencia han criticado la utilización de la institución de la libertad condicional con la intención humanitaria de excluir del ámbito penal a los penados que padecen una enfermedad muy grave e incurable y a los ancianos. Si ya no tiene ninguna razón de ser la aplicación del tratamiento rehabilitador a los penados septuagenarios y a los enfermos incurables, en ese caso, tampoco tiene ningún sentido la aplicación de la libertad condicional, que no es más que una institución mediadora para conseguir el fin primordial de las penas privativas de libertad: la reeducación y la reinserción social.

Una idea semejante defiende la Fiscalía General del Estado en su consulta n^o 4/1990, de 5 de noviembre, donde afirma que "*[...] en los casos de enfermedades irrecuperables las penas privativas de libertad ya no pueden cumplir su fin primordial de procurar la reinserción social del penado*". La

⁹⁹² VEGA ALOCÉN, M., "Supuestos excepcionales...", *op. cit.*, pág. 7

Fiscalía General del Estado añade más adelante en la misma consulta que "[...] se ha puesto de relieve la distinta fundamentación del instituto de la libertad condicional y de su excepción (tratamiento penitenciario de aquél, pietismo de ésta).

La doctrina científica también ha criticado con dureza ésta sinrazón. Así, **Manzanares Samaniego**⁹⁹³ destaca la escasa relación que estos supuestos guardan con la libertad condicional, defendiendo su reconducción al derecho de gracia. Sugiere que "*Como nuestra Constitución actual prohíbe expresamente los indultos generales en el Art. 62. g), en este caso, estos supuestos especiales podrían resolverse a través de los indultos particulares*". En un sentido semejante, **Asencio Cantisán**⁹⁹⁴ considera que la solución ideal en estos casos es la concesión del indulto, ya que la excarcelación de estos sentenciados no tiene su base en razones resocializadoras, sino humanitarias. Según este autor, estamos ante una medida de gracia y, como tal, debe tratarse.

De igual manera, el Auto del JVP de Málaga de 23 de julio de 1991, aclara que "*Los partidarios de su aplicación aducen razones humanitarias para llevar a cabo la medida, mientras que los detractores estiman más acorde con la ley [...] la aplicación de otras instituciones como los permisos y el indulto, estimando existir un vacío legal que incumbe llenar al legislador*".

En conclusión, la doctrina científica y la jurisprudencia critican con insistencia la utilización de la institución de la libertad condicional para excluir del ámbito penal a los condenados septuagenarios y a los enfermos muy graves e incurables, pues con ello se pretende dar cauce a una pretensión humanitaria a través de una institución reeducadora.

⁹⁹³ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Individualización...*, op. cit., pág. 79

⁹⁹⁴ ASENCIO CANTISAN, H., "Algunas consideraciones...", op. cit., pág. 1004.

Este tipo de libertad condicional se aprueba por razones humanitarias, y no por motivos reinsertadotes, el penado sale de la prisión para disfrutar del tiempo que le queda de vida o para morir en libertad, y no precisamente porque esté reeducado y reinsertado.

Sánchez Yllera⁹⁹⁵ resume la opinión mayoritaria de la doctrina científica, cuando defiende que el fundamento de los supuestos excepcionales de la libertad condicional es doble. En primer lugar por razones de justicia material, pues la enfermedad incurable y la ancianidad merman la fuerza física, la agresividad y la resistencia del penado. Esto implica una reducción de su capacidad criminal y de su peligrosidad social. En segundo lugar, por razones humanitarias. Las sentencias judiciales consideran casi de forma unánime que éste es el fundamento esencial de los supuestos excepcionales de la libertad condicional. Aunque un análisis más detallado de las diversas sentencias revela que detrás de esta razón humanitaria se esconden dos tipos diferentes de argumentación:

1ª. Que el penado no muera privado de libertad

En base en el derecho a morir dignamente que tienen todas las personas, sea cual sea su condición. Así, el auto de la Audiencia provincial de Zaragoza de 26 de junio de 1992 considera que la intención del legislador es "*[...] evitar que tales personas pasen sus últimos días en un medio penitenciario y alejados de su familia, y que lleguen a fallecer en el interior de los indicados centros*".

En el mismo sentido se pronuncia el auto del JVP de Cádiz n1 1 de 17 de noviembre de 1994 cuando dice que "*[...] se inspira en razones humanitarias, más concretamente [...], para que el interno no muera en un Establecimiento Penitenciario [...]*".

No hay que olvidar, además, que el art. 25.2 CE de 1978 ordena que "*El condenado a pena de prisión que estuviera*

⁹⁹⁵ SÁNCHEZ YLLERA, I., *Comentarios al Código Penal de 1995*, Vol. I (Arts. 1 a 233), Coordinador: VIVES ANTÓN, T., Valencia, 1996, pág. 521.

cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo [...]". E incluido en ese capítulo segundo se encuentra el art. 15, que defiende que "Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes [...]".

Siguiendo los mandatos del legislador constituyente, el legislador ordinario obliga a la Administración penitenciaria, en el art. 3.4 de la LOGP y en el art. 4.2.b) del RP, a velar por la vida, la integridad física y moral y la salud de los internos.

En consecuencia, el preso tiene el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral y, como contrapartida, la Administración penitenciaria tiene la obligación de velar por el cumplimiento de este derecho.

Por tanto, podría pensarse que obligar a un preso anciano o que padece una enfermedad muy grave e incurable a morir en la prisión sería someterlo a una pena o trato inhumano o degradante, sobrepasando el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria.

2ª. Que la pena de prisión no agrave la enfermedad del penado.

En este sentido, la STC. 48/1996, de 25 de marzo, pone de manifiesto que *"La puesta en libertad condicional de quienes padezcan una enfermedad muy grave y además incurable tiene su fundamento en el riesgo que para su vida y su integridad física, su salud en suma, puede suponer la permanencia en el recinto carcelario"*.

Prats Canut⁹⁹⁶, por su parte, considera que estos supuestos excepcionales de la libertad condicional no tienen *"[...] otro significado que el estrictamente humanitario de evitar que las penas privativas de libertad multipliquen sus efectos aflictivos perdurando cuando el recluso, bien a causa de su*

⁹⁹⁶ PRAST CANUT, J.M., *Comentarios al nuevo Código Penal*, Madrid, 1996, pág. 501.

edad avanzada, bien a causa de un padecimiento muy grave de pronóstico fatal, se encuentra ya en el periodo terminal de su vida".

En resumen, en la aplicación de los supuestos excepcionales de la libertad condicional prevalece siempre el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral del penado anciano o con una enfermedad muy grave e incurable sobre el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena (la reeducación y reinserción social) y la ley penitenciaria.

Por tanto, razones humanitarias, y no reeducadoras, aconsejan la excarcelación de este grupo de penados. Así lo han entendido, entre otras, las siguientes resoluciones judiciales el Auto del JVP de Málaga de 23 de julio de 1991; el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 26 de junio de 1992; el Auto del JVP de Cádiz nº 1 de 17 de noviembre de 1994 y el Auto del JVP de Madrid nº 3 de 9 de mayo de 1995.

Este supuesto, al igual que el de los septuagenarios, se encontraba regulado únicamente a nivel reglamentario (art. 60 del RP de 1981), lo que suscitó variadas polémicas sobre su legalidad y su aplicación, pero al estar ya regulados en el Código Penal de 1995 esta polémica ha cesado, aunque como bien mantiene **Renart García**⁹⁹⁷ la legalidad del citado art. 60 RP no contravenía el contenido sistemático del ordenamiento jurídico español, tanto en virtud del principio de igualdad y humanidad de las penas, como también en razón del art. 1 LOGP en conexión con el art. 25.2 CE. En la misma línea se pronuncia **González Campo** que reconoce que aún no estando respaldada por la LOGP, lo estaba sin duda por el art. 10.1 CE, en el que la dignidad humana se proclama como derecho fundamental del orden político y de la paz social, e incluso por el art. 15 de la misma norma que prohíbe las penas inhumanas⁹⁹⁸. La sentencia más importante en esta materia fue

⁹⁹⁷ REANART GARCÍA, F. *La libertad condicional...*, *op. cit.*, págs. 222-226

⁹⁹⁸ GONZÁLEZ CAMPO, E., "El principio de...", *op. cit.*, pág. 20

la STC 48/1996, de 25 de marzo de 1996, en el recurso de amparo 1.784/1995 contra Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, que denegaba al recurrente la progresión al tercer grado penitenciario previo a la libertad condicional a penado que sufría una enfermedad coronaria grave e incurable. Esta sentencia ha tenido una gran repercusión, sobre todo, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico tercero: “Como recapitulación y coda final, quede claro que tan sólo una enfermedad grave e incurable, como ésta, en *cuya evolución incida desfavorablemente la estancia en la cárcel* con empeoramiento de la salud del paciente acortando así la duración de su vida, aún cuando no exista riesgo inminente de su pérdida, permite la excarcelación del recluso aquejado de aquélla, si se dan las demás circunstancias cuya concurrencia exige el Código Penal”. Según esta sentencia no es necesario que los internos sean enfermos terminales, por tanto, no se exige para este tipo de excarcelación la existencia de peligro inminente o inmediato para la vida del recluso sino que la finalidad de la misma es que pueda pasar el tiempo que le quede de vida en libertad.

La indicada sentencia continúa: “... La puesta en libertad condicional de quienes padezcan una enfermedad muy grave y además incurable tiene su fundamento en el riesgo cierto para su vida y su integridad física, su salud en suma pueda suponer la permanencia en el recinto carcelario...”. “.. Está claro que la excarcelación no puede garantizar la sanidad de un mal incurable según diagnóstico, pero permite una mejoría relativa y una evolución más lenta, con menos ocasiones de episodios agudos, no sólo por el tratamiento Médico, que también podría recibir en la cárcel, sino por el cambio de ambiente que coadyuva positivamente por la unidad psicosomática del ser humano, mientras que la permanencia en el establecimiento penitenciario ha de incidir negativamente en la misma medida...”. Según esta sentencia no es necesario que los internos sean enfermos terminales como mantienen algunos autores y la Consulta 4/1990 de la Fiscalía General del Estado. Por tanto, *no se exige para este tipo de excarcelación la existencia de peligro inminente o inmediato para la vida del recluso sino que la*

finalidad de la misma es que pueda pasar el tiempo que le quede de vida en libertad por razones humanitarias y de dignidad.

En cuanto a la libertad condicional de enfermos terminales otra sentencia a tener cuenta, es la STC 5/2002, de 14 de enero, que analiza los derechos a la integridad física y moral, art. 15 CE, y el derecho a la libertad art. 17 CE, y manifiesta: “La puesta en libertad condicional de quienes padezcan una enfermedad muy grave y además incurable tiene su fundamento en el riesgo cierto que para su vida y su integridad física, su salud en suma pueda suponer la permanencia en el recinto carcelario. Por consiguiente, no exige la existencia de un peligro inminente o inmediato ni tampoco significa que cualquier dolencia irreversible provoque el paso al tercer grado penitenciario, si no se dieran las otras circunstancias antes indicadas además de las previstas en el Código Penal, entre ellas, como aquí ocurre, la menor peligrosidad de los así libertos por su misma capacidad disminuida. En definitiva *no pietatis causa* sino por criterios enraizados en la Justicia como resultado de conjugar los valores constitucionales implicados en esta situación límite, insoluble de otra guisa...”. El TC deja claro que tan sólo una enfermedad grave e incurable en cuya evolución incida desfavorablemente la estancia en la cárcel con empeoramiento de la salud del paciente, acortando así la duración de su vida, aun cuando no exista riesgo inminente de su pérdida, permite la excarcelación del recluso aquejado por aquélla, si se dan las demás circunstancias cuya concurrencia exige el Código Penal.

La opinión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha calificado de trato inhumano y degradante la permanencia en prisión de un interno, víctima de una enfermedad muy grave y sometido a un tratamiento anticanceroso, por considerar inadecuada la reclusión para hacer frente a la enfermedad y provocarle sufrimientos que sobrepasan los inevitables del encarcelamiento y la enfermedad⁹⁹⁹. En

⁹⁹⁹ STEDH, Estrasburgo (Sección 1ª), 14 de noviembre de 2002, JUR 2003/48552.

consecuencia, esta restricción, además de un trato discriminatorio, podría suponer también un trato inhumano y degradante.

Asimismo, el criterio de actuación nº 64 de la octava reunión de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, celebrada en Madrid en 1993, aconseja "[...] una nueva regulación positiva del beneficio previsto en el Art. 60 del RP de 1981, que pusiera de relieve su naturaleza esencialmente humanitaria y sus diferencias esenciales con la libertad condicional propiamente dicha”..

Desde nuestro punto de vista, consideramos que este tipo de excarcelación debería producirse por otra vía diferente a la libertad condicional. Así es reconocido por los Jueces de Vigilancia en su XII Reunión del año 2003: “*Se insta al Gobierno a la modificación urgente del art. 92 del Código penal, en el sentido de que, entre los requisitos para la concesión de la libertad condicional a enfermos muy graves con padecimientos incurables, no se exigirá pronóstico favorable de reinserción social. (Criterio 24 de 1994, modificado. Aprobado por mayoría)*”. Todo lo cual lo basan en la siguiente motivación: “*Si la finalidad de la llamada impropia libertad condicional para enfermos incurables es de carácter humanitario y pretende sencillamente que el interno no fallezca en el establecimiento, y no constituye por ello un periodo de prueba para la vida futura como es el caso de la libertad condicional en general, no tiene sentido exigirle un pronóstico favorable de reinserción social, que es un requisito propio de la libertad condicional general pero que no tiene aplicación práctica en esta liberación humanitaria*”.

c) El tercer grado teleológico por ser mayor de setenta años o por enfermedad grave e incurable.

Con el CP de 1995 al incluir en su art. 92 la libertad condicional por ser mayor de setenta años o por enfermedad grave e incurable se resuelve la pretendida quiebra del principio

de jerarquía normativa del antiguo art. 60.2 del RP de 1981¹⁰⁰⁰. La regulación legal vigente de estos supuestos excepcionales de la libertad condicional se encuentra en el art. 92¹⁰⁰¹ del CP de 1995 y en el art. 196¹⁰⁰² del RP de 1996.

El art. 92 CP establece la libertad condicional para los enfermos muy graves con padecimientos incurables, situación que se debe acreditar con el respectivo informe médico. Por su parte, el art. 196.2 RP establece que cuando los servicios médicos del Centro consideren que concurren las condiciones para la concesión de la libertad condicional por esta causa, lo pondrán en conocimiento de la Junta de Tratamiento, mediante la elaboración del oportuno informe médico.

¹⁰⁰⁰ AGUILERA REIJA, M. “Libertad condicional anticipada por enfermedad grave e incurable”. <http://es.scribd.com/doc/7322745/>. Consultada 29/9/2011

¹⁰⁰¹ Art. 92. 1 CP: “No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, los sentenciados que hubieran cumplido la edad de 70 años, o la cumplan durante la extinción de la condena, y reúnan los requisitos establecidos, excepto el haber extinguido las tres cuartas partes de aquélla o, en su caso, las dos terceras, podrán obtener la concesión de la libertad condicional.

El mismo criterio se aplicará cuando, según informe médico, se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables

2. Constando a la Administración penitenciaria que el interno se halla en cualquiera de los casos previstos en los párrafos anteriores, elevará el expediente de libertad condicional, con la urgencia que el caso requiera, al Juez de Vigilancia Penitenciaria que, a la hora de resolverlo, valorará junto a las circunstancias personales la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad del sujeto”.

¹⁰⁰² Art. 196.1 RP: “Se elevará al Juez de Vigilancia el expediente de libertad condicional de los penados que hubiesen cumplido setenta años o los cumplan durante la extinción de la condena. En el expediente deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Código Penal, excepto el de haber extinguido las tres cuartas partes o, en su caso, las dos terceras partes de la condena o condenas. 2. Igual sistema se seguirá cuando, según informe médico, se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables. Cuando los servicios médicos del Centro consideren que concurren las condiciones para la concesión de la libertad condicional por esta causa, lo pondrán en conocimiento de la Junta de Tratamiento, mediante la elaboración del oportuno informe médico”.

Establece el art. 92 CP que uno de los requisitos para acceder a este tipo de libertad es el de estar clasificado en tercer grado por ello el art. 104.4 RP recoge este supuesto: *“los enfermos muy graves con padecimientos incurables, según informe médico, con independencia de las variables intervinientes en el proceso de clasificación, podrán ser clasificados en tercer grado por razones humanitarias y de dignidad personal, atendiendo a la dificultad para delinquir y a su escasa peligrosidad”*.

Lo más destacable de la regulación legal es que para la aplicación de estos supuestos excepcionales se exige el cumplimiento íntegro de todas las condiciones requeridas, excepto el tener cumplidas las tres cuartas partes de la condena o, en su caso, las dos terceras partes.

Los requisitos legales del art. 90 del CP es una enumeración exhaustiva, *numerus clausus*, no se puede solicitar el cumplimiento de ningún otro requisito diferente de los mencionados en la ley, pero tampoco se puede dejar de cumplir alguno de ellos como es el estar clasificado en tercer grado.

Tanto en este supuesto como en los normales de libertad condicional sólo se aplica a los condenados en una sentencia penal firme. Una interpretación teleológica de la ley confirma la idea de que sólo a un preso penado, sentenciado o condenado pueden serle aplicados los supuestos excepcionales de la libertad condicional. El preso preventivo no puede acceder a estos supuestos excepcionales porque la libertad condicional es la última fase de la ejecución de una pena privativa de libertad.

Además, para aplicar las distintas fases o grados del tratamiento penitenciario, y alcanzar en su momento el tercer grado, se requiere previamente que el penado sea observado y clasificado. Y la clasificación no se puede efectuar hasta que el sujeto haya sido condenado en una sentencia penal firme.

Que el penado se encuentre en el tercer grado es un requisito cuya exigencia es inconstante en nuestros antecedentes legislativos. Así, el Decreto de 22 de marzo de 1932 no lo exigía, en cambio, el RSP de 5 de marzo de 1948 sí lo hacía. Por

su parte, el RSP de 1956 cambia el criterio de nuevo, y no lo exige. Posteriormente, el RP de 1981 lo vuelve a exigir, condición que ya se mantendrá hasta nuestros días.

Este vaivén legislativo no es casual, sino que obedece a una duda razonable sobre su conveniencia en los supuestos excepcionales de la libertad condicional. Como establece el art. 102.4 del RP, el tercer grado penitenciario se aplica a los internos que por sus circunstancias personales y penitenciarias estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad. Su exigencia, pues, está justificada en el caso de la libertad condicional, cuya finalidad es reeducadora, pero carece de sentido en los supuestos excepcionales de la libertad condicional, cuya pretensión es humanitaria.

El Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley del Código penal de 1994 había llamado la atención en este sentido sobre la conveniencia de no exigir en todo caso la previa clasificación en tercer grado, lamentando que el prelegislador no hubiera atendido esta sugerencia expuesta ya en 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.

En esta línea de pensamiento, el criterio de actuación nº 63 de los JVP., aprobado en su octava reunión, celebrada en Madrid en 1994, establece que *"en los supuestos de aplicación urgente de la libertad condicional por razón de enfermedad grave e incurable, no hallándose el interno clasificado en tercer grado, el Juez de Vigilancia podrá acordar dicha progresión de grado, sin propuesta previa del Establecimiento, en el mismo Auto en que se conceda a aquél el beneficio de la libertad condicional."*

Manzanares Samaniego¹⁰⁰³ criticaba la práctica de algún Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de conceder el tercer grado en estos casos sólo con la intención de facilitar la libertad condicional excepcional a los septuagenarios y a los enfermos incurables. Concluye este autor diciendo que esta maniobra constituye un claro fraude de ley, y razón no le falta pues la sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, de 25 de junio de 1998, ya dictaminó la imposibilidad de actuar el JVP en materia de clasificación penitenciaria, progresión o regresión, salvo por la vía del recurso, dado el principio de jurisdiccionalidad de la ejecución penitenciaria. Ello supone que la Administración penitenciaria es la encargada de conducir el proceso de ejecución penitenciaria bajo el control del JVP¹⁰⁰⁴.

El problema que se plantea, según **Vega Allocén**¹⁰⁰⁵, es un problema de fundamento. El legislador pretende conseguir por motivos humanitarios la excarcelación de los penados septuagenarios y de los enfermos incurables a través de la libertad condicional. Intenta lograr un fin humanitario a través de una institución reeducadora, con la consecuencia inevitable de que el engranaje del ordenamiento jurídico chirría al ponerse en funcionamiento.

Por eso, un sector de la doctrina defiende la maniobra fraudulenta de situar al interno anticipadamente, cuando todavía no le corresponde, en el tercer grado penitenciario. Pero utilizando el mismo argumento, se podría solicitar también la exclusión del cumplimiento de los demás requisitos, en un intento desesperado por alcanzar de cualquier manera la excarcelación por razones humanitarias.

¹⁰⁰³ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo I. [Arts. 1 a 137], Madrid, 1997, pág. 1303.

¹⁰⁰⁴ VARONA MARTÍNEZ, G. “Evolución jurisprudencial en la interpretación de diversos aspectos de la ejecución de sentencias condenatorias en materia terrorista de ETA”. En *Aplicación de la normativa antiterrorista*, Diciembre, 2008, pág. 79

¹⁰⁰⁵ VEGA ALOCÉN, M., “Supuestos excepcionales...”, *op. cit.*, pág. 17

El tratamiento legal después de la reforma de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, viene a confirmar la necesidad previa de progresión a tercer grado penitenciario, incluso en los casos de peligro inminente para la vida¹⁰⁰⁶.

Los Jueces de Vigilancia en su reunión de 2007 defienden que excepcionalmente el JVP en los supuestos de enfermedad graves con padecimientos incurables o penados que hayan cumplido los 70 años o estén próximos a alcanzarla, podrá acordar la progresión de grado sin propuesta del establecimiento, en el mismo auto en que se conceda la libertad condicional. Ello es muy discutible porque el art. 92 CP no dice expresamente que el JVP pueda acordar la progresión sin previa propuesta del establecimiento penitenciario, lo que contradiría el art. 76.2 f) de la LOGP que exige la vía del recurso¹⁰⁰⁷.

La LO 7/2003 introdujo en el art. 36.2 CP el periodo de seguridad para que los penados a más de cinco años de prisión no pudiesen acceder al tercer grado hasta que cumpliesen la mitad de la condena si bien éste puede ser levantado con posterioridad por el JVP salvo en algunos delitos si se dan determinados requisitos. El periodo de seguridad ha sido mantenido pero reformado por la LO 5/2010.

Por tanto en base al art. 36.2 CP al exigirse en algunos supuestos el cumplimiento de la mitad de la pena cuando esta sea superior a cinco años para acceder al tercer grado, podrían verse privados de acceder al mismo algunos penados aunque hayan cumplido setenta años o sufran una enfermedad muy grave con padecimientos incurables que no tengan cumplida la mitad de la pena si superior a cinco años. Esta prohibición es contraria a los criterios del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha calificado de trato inhumano y degradante la permanencia en prisión de un interno, víctima de una enfermedad muy grave e incurable. En

¹⁰⁰⁶ TAMARIT, SUMALLA, J. M^a, GARCÍA ALBERO, R., RODRÍGUEZ PUERTA, M^a J., SAPENA GRAU, F., *Curso...*, 2^a Ed. 2005, *op. cit.*, págs. 352 a 354

¹⁰⁰⁷ MIR PUIG, C., *Derecho penitenciario...*, *op. cit.*, pág. 124

este sentido se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia 2153/2004, de 13 de julio, al interpretar el art. 92 CP indicando que éste recoge la liberación de todo plazo y no sólo de las tres cuartas partes o dos tercios de la condena. Aunque, como bien señala **Juanatey Dorado**¹⁰⁰⁸, la finalidad del fallo de este Tribunal es loable, se trata de una interpretación *contra legem*. Por ello, lo más razonable en este caso hubiese sido que el Tribunal hubiese planteado una cuestión de inconstitucionalidad. En este aspecto, el legislador debería reformar el art. 92 CP y establecer una excepción a la aplicación del art. 36 CP. Estando de acuerdo con este último criterio, estimamos que para la clasificación en tercer grado, respecto a los enfermos muy graves e incurables, no se exige el cumplimiento del periodo de seguridad ni la satisfacción de la responsabilidad civil, en caso de existir. En este sentido se pronuncia la Inst. 2/2005 de la DGIIPP.

En la reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria del año 2011 se acordó que: *“En la clasificación en tercer grado previa a la libertad condicional de enfermos terminales y septuagenarios, no es exigible el periodo de seguridad”*.

Pero para libertad condicional es requisito necesario que formule un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social. Este informe debía ser emitido por los expertos que el JVP estimase convenientes. Pero este requisito, introducido por el art. 90.1.c) del CP de 1995, fue modificado por la reforma de la LO 7/2003 en la que se establece que este informe debe ser el previsto en el art. 67 LOGP que dice: *“Concluido el tratamiento o próxima la libertad del interno, se emitirá un informe pronóstico final, en el que se manifestarán los resultados conseguidos por el tratamiento y un juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro del sujeto en libertad, que, en su caso, se tendrá en cuenta en el expediente para la concesión de la libertad condicional”*.

La modificación efectuada por el CP de 1995 supone una mejora notable para la eficacia de la libertad condicional, pues

¹⁰⁰⁸ JUANATEY DORADO, C., *Manual de...*, op. cit., págs. 143 y 144

supone objetivar ese requisito, conectándolo al mismo tiempo con el tratamiento y la reinserción social. Pero lo que parece adecuado para la libertad condicional, ya no parece tan correcto para sus supuestos excepcionales. No tiene ningún sentido exigir al penado anciano y al enfermo incurable un pronóstico favorable de reinserción social, es decir, de no reincidencia delictiva, porque se le excarcela precisamente por razones humanitarias, para que pase los últimos momentos de su vida en libertad, junto a su familia. Exigir en esos momentos tan dramáticos un pronóstico favorable de reinserción social es, a nuestro juicio, un desatino.

Este problema demuestra una vez más el desajuste del sistema diseñado por el legislador, al intentar conseguir una finalidad humanitaria a través de una institución reeducadora, como la libertad condicional.

Entendemos que este tipo de excarcelación debería producirse por otra vía diferente a la libertad condicional. En este sentido se manifiesta **Vega Alocén**¹⁰⁰⁹ al afirmar que se utiliza, una institución reeducadora para lograr una finalidad humanitaria, lo que provoca desajustes constantes en la aplicación práctica de la libertad condicional, como bien decía la Fiscalía General del Estado en el año 1991 “*las penas privativas de libertad ya no pueden cumplir su fin primordial de procurar la reinserción social del penado*”. Así fue también reconocido por los Jueces de Vigilancia en su XII Reunión del año 2003: “*Se insta al Gobierno a la modificación urgente del artículo 92 del Código penal, en el sentido de que, entre los requisitos para la concesión de la libertad condicional a enfermos muy graves con padecimientos incurables, no se exigirá pronóstico favorable de reinserción social*”. (Criterio 24 de 1994, modificado. Aprobado por mayoría). Por todo ello algunos autores mantienen que estos supuestos deberían reconducirse al derecho de gracia. Si la finalidad de la llamada impropiamente libertad condicional para enfermos incurables es

¹⁰⁰⁹ VEGA ALOCÉN, M., *La libertad condicional en el Derecho español*, Madrid., 2001, pág. 195

de carácter humanitario y pretende sencillamente que el interno no fallezca en el establecimiento, y no constituye por ello un periodo de prueba para la vida futura como es el caso de la libertad condicional en general, no tiene sentido exigirle un pronóstico favorable de reinserción social, que es un requisito propio de la libertad condicional general pero que no tiene aplicación práctica en esta liberación humanitaria.

1º Los septuagenarios

Existe la creencia general de que las personas mayores de 70 años no ingresan en prisión, pero la realidad es que el Código Penal español no exime a nadie de ir a prisión. Si el juez considera que debe ingresar en la cárcel, lo hace, independientemente de la edad que se tenga.

En nuestro país en abril del año 2011 había 252 presos de más de 70 años que cumplían condena por diversos delitos, lo que apenas supone un 2% de la población reclusa total. Por ello la Int. 8/2011 indica que la pirámide demográfica española, como consecuencia de la mejora en la expectativa de vida, se está viendo lógicamente reflejada en la población penitenciaria, con un reciente y, de momento, constante incremento del número de personas mayores en nuestros establecimientos. De las 252 personas de 70 o más años de edad en los centros penitenciarios dependientes de la Administración Penitenciaria Central, dentro del régimen ordinario; de ellos el 95,3% son hombres y el 4,7 mujeres. Por tramos de edad, el 63,9% se encuentran comprendidos entre los 70 y los 75 años, el 23,4% entre 76 y 80 años y el 12,7% superan los 81 años de edad.

La explicación de la presencia de ancianos en las prisiones españolas, a pesar de que estas personas han superado la edad que el CP en su art. 92.1 establece como condición para una posible concesión anticipada de la libertad condicional, obedece fundamentalmente al perfil criminológico que presentan estos internos e internas mayores. En los hombres, el delito más frecuente está encuadrado en la figura del homicidio y sus formas, aunque también son habituales los delitos contra la

libertad sexual y la violencia de género; se tratan todos ellos de hechos muy graves, de enorme trascendencia social y que suelen llevar aparejada una elevada condena. La mayor parte de las mujeres mayores, por el contrario, son reincidentes en los delitos contra la salud pública. Esta es, básicamente, la razón por la que la Administración Penitenciaria en primera instancia y la jurisdicción de vigilancia, por vía recurso, vienen entendiendo que muchos de ellos no se encuentran en las condiciones o el momento adecuado de cumplimiento para proceder a su excarcelación. Estas características criminológicas conllevan, además, en determinados casos una pérdida o ruptura de los vínculos familiares y sociales que dificultan aún más su acogida y atención en un medio normalizado.

Para obtener libertad condicional, el penado tiene que tener el tercer grado, haber cumplido tres cuartas partes de condena y tener un pronóstico favorable en los informes. La libertad condicional se puede adelantar si penado tiene más de 70 años. Pero en todo caso son necesarios informes que aconsejen su reinserción en la sociedad.

El legislador ha fijado el límite en los setenta años, pensando que para entonces la peligrosidad social del penado habrá disminuido considerablemente como consecuencia del deterioro físico por la vejez. Son motivos humanitarios los que justifican tal adelantamiento de la libertad condicional ya que dado lo avanzado de la edad no hay necesidad de pena, ni hay razones de prevención general y especial que desaconsejen evitar la estancia efectiva en prisión¹⁰¹⁰. Aún así, nosotros entendemos que se debe valorar caso por caso, pues algunos de este tipo de penados pueden reincidir con facilidad en agresiones sexuales, violencia de género o tráfico de drogas. En este sentido se pronuncian algunos autores al entender que en estos casos la concesión la libertad condicional no puede operar de manera automática sino que estará subordinada a las

¹⁰¹⁰ CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho...*, op. cit., 2ª Ed. 2006, pág. 255; 3ª Ed. págs. 198-199

expectativas de comportamiento futuro sujeto¹⁰¹¹. No hay necesidad de cumplir la pena si ha desaparecido su peligrosidad criminal¹⁰¹². Así, en cada caso concreto, deberá motivarse que dado lo avanzado de la edad no hay necesidad de pena, ni razones de prevención general o especial que aconsejen la permanencia en prisión¹⁰¹³.

La Comisión Técnica de Reforma del Sistema de Penas y la Reforma Penal del año 2003 entendió que la obtención de la libertad condicional por razón de la avanzada edad del penado, fijada en setenta años, debía situarse en los setenta y cinco años, dado el incremento de la expectativa de vida de la población, y la constatación de delitos cometidos por personas de edad avanzada, en concreto determinadas modalidades de infracciones contra la libertad e indemnidad sexual, así como de violencia doméstica¹⁰¹⁴. Desde nuestro punto de vista esta reforma podría parecer razonable por el argumento de la mayor expectativa de vida actualmente con respecto al año 1931 en el que aparece por primera vez este tipo de excarcelación, pero el legislador no llegó a introducir esta propuesta quedando vigente el art. 92 CP que deja fijada en los setenta años la posibilidad de libertad condicional pero no sólo se debe valorar la edad sino el pronóstico futuro en libertad.

Establece el art. 92 CP que: “*los sentenciados que hubieran cumplido la edad de setenta años, o la cumplan durante la extinción de la condena, y reúnan los requisitos establecidos, excepto el haber extinguido las tres cuartas partes de aquella, o, en su caso, las dos terceras podrán obtener la concesión de la libertad condicional*”. La última frase de este precepto indica el carácter facultativo de la concesión de la

¹⁰¹¹ TAMARIT, SUMALLA, J. M^a, GARCÍA ALBERO, R., RODRÍGUEZ PUERTA, M^a J., SAPENA GRAU, F., *Curso...*, op. cit., 2^a Ed. 2005, pág. 352

¹⁰¹² MIR PUIG C., *Derecho penitenciario...*, op. cit., pág. 124

¹⁰¹³ JUANATEY DORADO, C., *Manual de...*, op. cit., pág. 142

¹⁰¹⁴ VILLAMERIEL PRESENCIO, L., “La Comisión Técnica de...”, op. cit., pág. 7

libertad condicional en estos casos. Los requisitos introducidos por la LO 15/2003 al regular los trámites de dicha concesión refuerzan la exclusión de una concesión automática de la libertad condicional en estos casos¹⁰¹⁵.

Este tipo de libertad condicional está regulada en sede reglamentaria en el art.196 RP. Es curioso destacar en el art. 104.4 RP, que regula la clasificación en tercer grado de los enfermos muy graves con padecimientos incurables, la omisión de la referencia a los mayores de setenta años, pues el fundamento de la anticipación de la libertad es el mismo y por tanto de la misma forma se debería progresar a tercer grado por razones humanitarias y de dignidad personal a los mayores de setenta como paso previo a la libertad condicional, con independencia de las variables intervinientes en el proceso de clasificación (104.4 RP *in fine*). En este sentido se pronuncia el Auto del Tribunal Supremo de 19 de agosto de 1988 al asimilar la concesión de libertad condicional para septuagenarios y enfermos graves. Como afirma este auto los supuestos en que los penados “bien a causa de su edad avanzada, bien a causa de un padecimiento grave de pronóstico fatal, se encuentran ya en período terminal de su vida”. De manera que el Tribunal Supremo interpreta ambas situaciones como similares. Es evidente que una persona septuagenaria no se encuentra en peligro inminente de muerte, por lo que no hay que exigirle esa condición al enfermo muy grave con padecimientos incurables, pero su fundamentación es la misma: que la privación de libertad no aumente sus efectos aflictivos en el periodo más o menos largo –pero incontestablemente terminal– de su vida.

En estos casos, como establece el art.104.4, hay que valorar especialmente la dificultad para volver a delinquir y su peligrosidad social, y si la probabilidad de comisión de delitos muy graves es alta no se debería proceder a la clasificación en tercer grado y mucho menos excarcelar en libertad condicional.

¹⁰¹⁵ Circular 1/2005 del Fiscal General del Estado sobre la aplicación del Código Penal operada por la LO 15/2003, de 26 de noviembre. Pág. 25

Por tanto antes de elevar al JVP la libertad condicional por tener el penado cumplidos setenta años o más se debe realizar la propuesta de progresión a tercer grado, indicando en la misma que este tercer grado se aplicará a los solos efectos de proponer al JVP la libertad condicional (art. 196.1 RP). Este tipo de tercer grado, no recogido ni tan siquiera en el Reglamento Penitenciario, al contrario del regulado en su art. 104.4 RP por enfermedad grave e incurable, es un supuesto de tercer grado que tiene un estricto carácter teleológico para posibilitar la libertad condicional¹⁰¹⁶ que permite al penado que haya cumplido setenta años o más ser excarcelado por razones de dignidad y humanidad, pero no establece un régimen de vida en semilibertad sino que el penado permanecerá en prisión en régimen ordinario hasta que el JVP le apruebe la libertad condicional.

La LO 7/2003, de 30 de junio, no aclara si los nuevos requisitos que introduce son aplicables a los enfermos incurables y mayores de setenta años ya que el art. 92 CP no ha sido reformado, por tanto sólo se les exime de los requisitos temporales por lo cual cabe entender que en ellos también rigen los nuevos requisitos de la responsabilidad civil y del terrorismo y/o delincuencia organizada (art. 72 5 y 6 LOGP). La Inst. 2/2005 establece, con buen criterio, que a estos penados no se les exigirá el cumplimiento del periodo de seguridad, ni la satisfacción de la responsabilidad (si no pueden hacer frente a la misma), ni tampoco el abandono del terrorismo y colaboración con la justicia; en consecuencia, pueden realizarse tales propuestas de progresión a tercer grado con independencia del tiempo de condena extinguido, por razones de humanidad y de dignidad personal. Aún estando de acuerdo con estos criterios, desde nuestro punto de vista entendemos que es mejor que sea el Código Penal el que realice la exclusión de tales requisitos. En idéntico sentido se pronuncia **Fernández Aparicio**¹⁰¹⁷, y es el

¹⁰¹⁶ NIETO GARCÍA, A. J., “El acceso al tercer grado penitenciario: ¿Teleológico o rea?”, *Diario La Ley*, Nº 7737, 16 Noviembre 2011.

¹⁰¹⁷ FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., *Derecho Penitenciario...*, *op. cit.*, pág. 54

recogido en el criterio 51 de la XIV de Jueces de Vigilancia Penitenciaria

Insistimos que la citada instrucción sólo se refiere a los internos a quienes es posible aplicar el art. 104.4 que son aquéllos que padecen una enfermedad grave e incurable, respecto a los mayores de setenta años parece que el criterio es más restrictivo y deja entrever que es necesario el cumplimiento del periodo de seguridad y la satisfacción de la responsabilidad civil, así como el abandono del terrorismo y colaboración con la justicia. En este sentido se pronuncian **Fernández Arévalo** y **Nistal Burón**¹⁰¹⁸ cuando afirman que en el caso de los septuagenarios subsisten todos los requisitos de la libertad condicional excepción hecha de la fase de cumplimiento de condena. Nosotros entendemos que no se puede ser tan restrictivos con este tipo de internos pues priman, como en el caso anterior las razones humanitarias, y por eso también existe la libertad condicional para este tipo de penados (art. 92 CP).

Por lo que se refiere a los septuagenarios cabe destacar la STC 79/1998, de 1 de abril de 1998, referida a la libertad condicional anticipada por razón de edad, ya con la vigencia del Código Penal actual, aunque los hechos se producen con la vigencia del anterior, se centra más en analizar la fundamentación de la resolución que se recurre y, especialmente, el requisito de la legislación anterior de “*hacer vida honrada en libertad*” (hoy equivalente a pronóstico individualizado y favorable de reinserción social) que, como el resto, *tiene que concurrir* para la concesión de la libertad condicional, “*máxime tratándose de un supuesto de libertad anticipada por razón de edad, y habida cuenta de la finalidad resocializadora de la institución*”. La libertad condicional automática basada en criterio estrictamente cronológico supondría en determinados casos, una excarcelación altamente criminógena. Siendo así, el fundamento de la justicia material, admisible desde una perspectiva teórica, debe ser atemperado en

¹⁰¹⁸ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., *Manual...*, op. cit., pág.155

la praxis si no se quiere que la edad constituya una auténtica *patente de corso* para continuar delinquiendo impunemente¹⁰¹⁹. En este sentido se pronuncia también la STC 48/1996 de 25 de marzo al señalar que lo se pretende conseguir esta norma " *es el equilibrio entre el derecho a la vida... y el de la gente a la seguridad*". Por tanto se deben valorar ambos derechos en conflicto por parte de las Junta de Tratamiento y el JVP.

Para aplicar este supuesto excepcional de la libertad condicional, el art. 92 CP y el art. 196 RP exigen que los penados "[...] hubiesen cumplido setenta años o los cumplan durante la extinción de la condena". En la mayoría de los casos, no hay ningún problema para acreditar la edad, ya sea mediante el DNI, o bien con la partida de nacimiento cuando no se puede acreditar la edad debe intervenir el Médico Forense, pues deben ser criterios científicos y no jurídicos los que se deben considerar. El art. 375 de la LECRIM, se refiere a la determinación de la edad de un individuo por el médico forense, cuando dispone: "*para acreditar la edad del procesado [...] se suplirá el documento del artículo anterior por informe que acerca de la edad del procesado, y previo su examen físico, dieran los Médicos Forenses [...]*". El Médico Forense basará su informe en el estudio de determinados parámetros antropológicos, que si bien no indican la edad exacta, permiten al menos clasificar al explorado dentro de unos máximos y unos mínimos¹⁰²⁰.

Hemos de volver a insistir en el *carácter facultativo* de la concesión de la libertad condicional en estos supuestos. Los requisitos introducidos por la LO 15/2003 al regular los trámites de dicha concesión refuerzan la exclusión de una concesión automática de la libertad condicional en estos casos¹⁰²¹.

¹⁰¹⁹ RENART GARCÍA, F., *La libertad condicional...*, *op. cit.*, pág. 228

¹⁰²⁰ GASQUE LÓPEZ, J. y FOMBELLIDA VELASCO, L., "Aspectos médico forenses del art. 60 del RP", *Revista Española de Medicina Legal*, Nº 1, 66-69, Madrid, 1991, págs. 51 y 52.

¹⁰²¹ Circular 1/2005 del Fiscal General del Estado sobre la aplicación del Código Penal operada por la LO 15/2003, de 26 de noviembre, pág. 25

2º Enfermos graves e incurables

El tercer grado regulado en el art. 104.4 RP, como ya hemos indicado anteriormente, es un supuesto de tercer grado que tiene un estricto carácter teleológico para posibilitar la tramitación de la libertad condicional del penado que padece este tipo de patología para que posteriormente sea excarcelado por razones de dignidad y humanidad, pero no establece un régimen de vida en semilibertad sino que el penado permanece en prisión en régimen ordinario hasta que el JVP le apruebe la libertad condicional¹⁰²². Para aplicar este supuesto excepcional es necesario que el penado reúna todos los requisitos exigidos para la libertad condicional en el art. 90 del CP, excepto el haber extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta, o los dos tercios, en su caso. La singularidad de la institución radica en la enfermedad del penado, que ha de ser muy grave con padecimientos incurables. En este sentido, el art. 92 CP exige un informe médico, solicitud que es detallada por el art. 196.2 del RP: *"cuando los servicios médicos del Centro consideren que concurren las condiciones para la concesión de la libertad condicional por esta causa, lo pondrán en conocimiento de la Junta de Tratamiento, mediante la elaboración del oportuno informe médico"*.

El art. 196.2 1 RP de 1996 supone una aclaración importante respecto al RP de 1981, pues especifica con claridad que el informe médico lo harán los servicios médicos del centro penitenciario respectivo. En cambio, en la regulación anterior (el

¹⁰²² NIETO GARCÍA, A. J., "El acceso al tercer grado penitenciario...", *op. cit.*, pág. 3. Como ejemplo práctico podemos citar la noticia del *Diario La nueva España*, 17/8/2012. El ministro del Interior, Jorge Fernández Díaz, anunció ayer que Instituciones Penitenciarias decidirá esta tarde si concede el tercer grado al etarra enfermo de cáncer Iosu Uribetxebarria Bolinaga, uno de los secuestradores del funcionario de prisiones José Antonio Ortega Lara en 1996. Según Fernández Díaz, esta mañana la junta de tratamiento de la cárcel estudiará la propuesta y por la tarde resolverá la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. El responsable de Interior explicó que si Prisiones considera que se le puede aplicar el tercer grado al etarra será *"a los únicos efectos de un expediente de libertad condicional"*.

art. 60 del RP. de 1981) se utilizaba una expresión genérica de informe médico. Expresión que obligaba al intérprete a acudir al art. 336.4.e) del RP 1981, para determinar con certeza que ese informe facultativo debía proceder del médico de la prisión. En todo caso, el equipo médico de la prisión debe establecer un diagnóstico donde se especifique el estado de salud general del interno, la fase actual de la enfermedad, el pronóstico a corto y medio plazo, el grado de autonomía personal y las necesidades de asistencia médica.

Como advierte **Prieto Rodríguez**¹⁰²³, el legislador no concreta qué tipos de enfermedades tienen el carácter de muy graves e incurables. En todo caso, se trata de un problema interpretativo, en donde no cabrá nunca una solución generalizada y, en cambio, la verdad habrá que buscarla en el estudio de cada caso en concreto.

La Fiscalía General del Estado en su consulta nº 4/1990, de 5 de noviembre, aclara que no vale cualquier enfermedad grave, sino aquellas que han entrado en su último periodo, y sin que quepa además la posibilidad de una futura mejoría.

La doctrina defendida por el TC en esta materia se recoge en la sentencia de 25 de marzo de 1996, que puede resumirse en los siguientes puntos:

-Que no se trata de una excarcelación en peligro inminente o inmediato de muerte, sino para quien padece un mal sin remedio conocido según las reglas del arte médico en ese momento.

-Debe existir un riesgo de empeoramiento progresivo en la salud del interno en un medio hostil como el carcelario, que pueda influir desfavorablemente por la ansiedad inherente a la privación de libertad y al sometimiento a un régimen de vida impuesto y mantenido con estrictas medidas disciplinarias, procurando el incremento de la presión emocional [estrés].

¹⁰²³ PRIETO RODRÍGUEZ, J., “La libertad condicional en el Derecho Español”, *Actualidad Penal* Nº 1 20 [20 de mayo de 1990], Tomo I, Madrid, 1990, pág. 215.

-Si hubiera discrepancia entre los médicos sobre el éxito de una posible intervención quirúrgica que sanara la enfermedad del interno, en ese caso, la Administración Penitenciaria no puede obligar al interno a someterse a ella. En este sentido, la STC. 120/1990 establece que "el derecho a la integridad física y moral no consiente que se imponga a alguien una asistencia médica en contra de su voluntad, cualesquiera que fueren los motivos de esa negativa".

El 92 CP recoge el concepto jurídico indeterminado de enfermedad muy grave por padecimiento incurable. Ni el CP ni el RP precisan lo que debe entenderse por enfermo muy grave con padecimientos incurables¹⁰²⁴. Esta situación genera inseguridad jurídica, la doctrina para paliarla se decanta por recurrir a la casuística, estableciendo la lista de enfermedades consideradas muy graves, lo cual no deja de resultar una técnica de utilidad muy limitada por el carácter abierto de las enumeraciones que establece, presentando, además el inconveniente de su periódica actualización y el riesgo de incurrir en importantes lagunas.

En opinión de **Gasque López y Fombellida Velasco**¹⁰²⁵, hay que entender por enfermos muy graves con padecimientos incurables a los enfermos terminales, esto es, aquellos que padecen alguna de las siguientes enfermedades: *"tumores malignos avanzados, enfermedades degenerativas del sistema nervioso de larga evolución como la esclerosis en placas o el Guillen Barré, las insuficiencias renales crónicas cuando su situación funcional es tal que la única solución es el trasplante y éste no es posible, procesos respiratorios crónicos en sus fases avanzadas, hemopatías terminales, SIDA, etc."*

Desde un punto de vista administrativo, el más certero acercamiento a unos criterios objetivos validados y

¹⁰²⁴ AGUIRRE SEOANE, M., "Las enfermedades muy graves con padecimientos incurables como presupuesto para la concesión de beneficios", *Actualidad Penal*, Nº 47/48, Madrid, 2002, pág. 1244.

¹⁰²⁵ GASQUE LÓPEZ, J. y FOMBELLIDA VELASCO, L., "Aspectos médico forenses...", *op. cit.*, pág. 52

consensuados se produjo con la publicación del Ministerio de Sanidad y Consumo, en abril de 1996, de la “Aplicación de la libertad condicional a enfermos de SIDA privados de libertad”. Si bien circunscribía dicho instrumento a la señalada enfermedad, en los parámetros de diagnóstico y tratamiento de aquellas fechas, apoyando la determinación de enfermedad muy grave con padecimientos incurables en el Índice de Karnofsky, como indicador de calidad de vida, en concurrencia o sin ella, con patologías con una probabilidad mediana de supervivencia igual o menor a un año desde el momento del diagnóstico.

Posteriormente, la Jurisprudencia ha procurado acuñar interpretaciones del concepto señalado, ampliando el concepto a otras enfermedades más allá del SIDA, así el aperturismo a otras enfermedades se produce a través de la STC 48/1996, de 26 de marzo, en la que el demandante de amparo pidió su excarcelación por padecer una dolencia coronaria grave y además incurable, petición a la cual accedió el Juez de Vigilancia Penitenciaria pero que denegó la Audiencia Provincial y aprobó el TC.

La Inst. 1/2000 que regulaba los criterios para la emisión de informe médico para el estudio de la posible aplicación de los artículos 104.4 y 196.2 RP decía que si bien el concepto de enfermedad incurable no ofrece dudas importantes en cuanto a su interpretación, la calificación de una enfermedad como muy grave se presta a grandes variaciones subjetivas por lo que establecía los siguientes criterios para determinar que un interno padece una enfermedad muy grave:

-Riesgo de muerte estimado superior al 10% en el plazo de un año a pesar del tratamiento.

-Riesgo de muerte estimado superior al 50% en el plazo de 5 años a pesar del tratamiento.

-Índice de Karnofsky menor o igual al 50 %.

-Infección por VIH en estadio A3, B3 o C.

-Trastorno psicótico crónico con actividad sintomática a pesar de haber seguido tratamiento durante más de seis meses

en, o con deterioro intelectual. En este caso será obligatorio que aquella se fundamente en un informe psiquiátrico previo en el que conste si es necesario el ingreso del penado en un centro especial, psiquiátrico penitenciario u otro, lo cual deberá ser comunicado al juez competente. Si el interno no estuviese mentalmente capacitado para decidir sobre su persona, este hecho deberá ser puesto en conocimiento del fiscal de incapacidades competente para que disponga lo que proceda.

Cuando la causa de la libertad por enfermedad grave e incurable sea una patología psiquiátrica será obligatorio que ésta se fundamente en un informe psiquiátrico previo. Este informe deberá hacer constar si son precisas unas condiciones particulares de acogida, y en concreto si es necesario el ingreso del interesado en un centro especial, psiquiátrico o de otro tipo, lo que deberá ser comunicado al Juez competente. Si el enfermo a juicio del facultativo que le trata no estuviese mentalmente capacitado para decidir libremente sobre su persona, este hecho deberá ser puesto en conocimiento del director centro, quien informará al Fiscal de incapacidades competente para que disponga lo que proceda¹⁰²⁶.

El Auto 1642/01, 6 de septiembre de 2001, JVP nº 3, Exp. 1313/00, referente a la concesión de la libertad condicional a enfermos muy graves con padecimientos incurables por la vía del art. 92, párrafo segundo, mantiene que se requiere, como primera exigencia, la demostración de no sólo una enfermedad contra la que no haya tratamiento médico conocido, sino que haya alcanzado en su evolución un estado tal que permita calificar la situación del enfermo como "muy grave", lo que, sin llegar a una situación extrema de proximidad al fallecimiento, si exige un deterioro notable de la salud del sujeto que prevea un desenlace relativamente próximo.

Según este auto pueden distinguirse, no obstante, dos situaciones: una, la de los enfermos en fase terminal que por la propia evolución de la enfermedad tengan su salud tan

¹⁰²⁶ FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., *Derecho Penitenciario...*, op. cit., págs. 98-99

deteriorada que prácticamente les incapacite para una actividad delictiva, en los que la sola enfermedad en ese desarrollo justificará la aplicación de los beneficios de la libertad condicional, sin necesidad de hacer valoración alguna sobre el pronóstico de reinserción social que exige el artículo 90 n° 3 del Código Penal; y, otra, la de los enfermos con padecimientos incurables, aunque sin un pronóstico fatal a corto plazo, en los que la enfermedad sólo excusará el cumplimiento del requisito temporal de cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena (o las dos terceras partes), pero no de las exigencias legales de clasificación en tercer grado y de un favorable pronóstico individual de reinserción social.

Concluye el auto, en el caso aquí examinado no nos hallamos ante un enfermo en fase terminal, sino que, como indican los informes médicos unidos a las actuaciones, aunque padece infección VIH, diagnosticada en 1993, se encuentra en un estado de desarrollo B-3 y está asintomático en el momento de emisión de los informes, por lo que no se prevé un desenlace fatal a corto-medio plazo. No estando en un desarrollo de la enfermedad que permita la inmediata concesión de la libertad condicional, el informe desfavorable emitido por la Junta de Tratamiento impide la concesión de esos beneficios, pues tampoco ha acreditado el interno, en prisión desde el 15 de enero de 2000, unas especiales circunstancias demostrativas de su capacidad de reinserción social.

En esta apartado consideramos de enorme interés hacer referencia al caso del interno miembro de ETA, Iosu Uribetxeberría Bolinaga, que fue progresado a tercer grado por la SGIIPP en base al 104.4 RP el 17/8/2012 por padecer una enfermedad grave e incurable. Para **Montero Hernanz**¹⁰²⁷ jurídicamente la decisión es discutible porque la ley deja margen suficiente para tomarla, pero también deja mucho espacio (quizá mayor) para la decisión en sentido contrario. La LOGP establece los criterios que deben guiar la clasificación penitenciaria en su

¹⁰²⁷MONTERO HERNÁNDEZ, T., “Sobre la progresión a tercer grado de Iosu Uribetxeberría”, consultado día 4/9/2012 <http://cj-worldnews.com/spain/>

art. 63 y que la progresión de grado dependerá de la modificación de aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva, lo que se manifestará en la conducta global del interno (art. 65). El art. 72 LOGP para acceder al tercer grado penitenciario exige el abono la responsabilidad civil derivada del delito o delitos cometidos, el abandono los fines y medios terroristas, la colaboración con las autoridades para impedir la producción de otros delitos por parte de la organización terrorista, o para atenuar los efectos de su delito, o para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, o para obtener pruebas, o para impedir la actuación o el desarrollo de la organización a la que pertenecía o con la que colaboraba, algo que podría verificar de forma sencilla mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito. La LOGP no contempla los motivos de enfermedad grave e incurable para la clasificación en tercer grado de tratamiento y es su reglamento el que abre esta posibilidad en su art. 104.4, existiendo, por tanto, un cierto salto legal al vacío, pues este artículo permite la clasificación en tercer grado con independencia de las variables intervinientes en el proceso de clasificación que están recogidas en el art. 63 de la LOGP y en el art. 102 del RP, atendiendo a razones humanitarias y de dignidad personal, así como a la dificultad para delinquir y a la escasa peligrosidad, pero no exime del cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 72 . Por tanto, para el citado autor, la progresión a tercer grado por razones humanitarias, aún concurriendo los requisitos del art. 72 LOGP, no es un derecho absoluto del interno, sino que aparece en el RP como una posibilidad, ya que textualmente dice que “podrán ser clasificados”. En una interpretación coherente ese “podrán” significa que se han cumplido los requisitos que de forma ineludible exige el art. 72 LOGP, además de valorar su dificultad para delinquir y su escasa peligrosidad, algo que se trata de relacionar directamente con la enfermedad que padece, lo que en este caso no es correcto, pues en tanto no se desvincule de la organización existe un riesgo de conductas delictivas vinculadas al enaltecimiento del terrorismo, al margen

de otro tipo de actividades de índole intelectual para las que su estado físico no sería impedimento. Por lo tanto no es descartable la comisión de nuevos delitos mientras no abandone la organización. Por tanto ni la LOGP ni su reglamento imponen la clasificación en tercer grado de tratamiento por estos motivos y que la misma está legalmente condicionada a que el penado cumpla con los requisitos previstos en el art. 72 LOGP, por lo que su incumplimiento hace imposible legalmente su clasificación, requisitos que dependen en exclusiva de la voluntad del penado.

En el indicado caso Bolinaga, una vez progresado el interno, a tercer grado y propuesta su libertad condicional por enfermedad grave e incurable por parte de la Junta de Tratamiento del centro penitenciario donde cumplía condena, el Juez Central de Vigilancia Penitenciaria acordó en su auto de fecha 23/8/2012 aprobar la libertad condicional al penado por un criterio humanitario, en contra del informe del fiscal. El juez, contrariamente al fiscal, consideró que la enfermedad del interno es irreversible como exige la ley. Llega a esa conclusión tras analizar todos los informes médicos. Para este juez, todos esos informes coinciden en tres aspectos. En primer lugar: el preso padece una enfermedad grave e incurable, como exige el Código Penal para acceder a la libertad condicional. La enfermedad de Bolinaga, según todos los médicos consultados, "es de muy mal pronóstico". Por último, todos señalan un promedio de supervivencia que oscila entre los 6 y 12 meses. Por otro lado en este auto manifiesta que sobre el hecho de que el estado de Uribecheberria no sea "terminal" como mantuvo la médica forense de la Audiencia Nacional, el juez mantiene que la ley no exige ese requisito para otorgar la libertad condicional por motivos humanitarios. *"No puede darse la exigencia para la excarcelación de un peligro inminente o inmediato para la vida del recluso, sino que la finalidad de la misma es que pueda vivir el tiempo que pueda quedarle en libertad"*, mantiene en su auto. Por otro lado, el juez subraya la incoherencia del fiscal al exigir para la salida del etarra que se desvincule expresamente de ETA y pida perdón a las víctimas. El juez recuerda que esos requisitos también son exigibles para el acceso al tercer grado

(art. 72 LOGP), pero el ministerio público no recurrió el que concedió la SGIIPP el 17/8/2012: *"Lo no exigido por el ministerio público en la concesión del tercer grado no puede plantearse ahora como argumento [contra] la libertad condicional"*. También señala que en anteriores casos de terroristas enfermos, la fiscalía no exigió el arrepentimiento y el perdón. En resumen, según el citado auto, la libertad condicional en casos de terroristas enfermos se basa en principios de humanidad y en el derecho a la dignidad de las personas, el derecho a una muerte digna y la ausencia de finalidad resocializadora de la pena. El juez recuerda que no se puede equiparar el concepto de "enfermo grave e incurable" que establece el Código Penal para la excarcelación, con el de "estado preagónico"¹⁰²⁸.

La Fiscalía de la Audiencia Nacional el 27/8/2012 se opuso a la concesión de la libertad condicional del interno Iosu Uribetxeberria Bolinaga, al entender que no cumplía los requisitos legales y que el cáncer que padece no ha llegado a un estado "claramente terminal". La fiscalía exigía al penado la firma de una declaración expresa de abandono de la violencia y una petición de perdón a sus víctimas respaldada por los técnicos de Instituciones Penitenciarias.

En fecha 5/9/2012 el Ministerio Fiscal recurrió en apelación el auto de libertad condicional de fecha 30/8/2012. En su recurso el fiscal repite los argumentos recogidos en el informe con el que se opuso a la libertad. Es decir, que como Uribetxeberria no se encuentra terminal según el informe forense, sí cabe eximirle el requisito de firmar una declaración expresa de abandono de la violencia y de la petición de perdón a las víctimas.

¹⁰²⁸ Los Jueces de Vigilancia vienen abogando por la no exigencia de de pronóstico favorable de reinserción social para los enfermos muy graves con padecimientos incurables (Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos de los JVP en sus XVI reuniones celebradas entre 1981 y 2007 mediante texto refundido, depurado y actualizado a 1 de enero de 2008, punto 84).

Esa nueva exigencia no la impuso el fiscal en otros casos, por ejemplo, al apoyar la libertad del miembro de ETA, Miguel Ibáñez de Oteiza. Este interno fue puesto en libertad condicional el 14 de enero de 2011 con el apoyo fiscal y previo informe favorable de Instituciones Penitenciarias como Uribetxeberria¹⁰²⁹, sufría un cáncer terminal tenía un linfoma con metástasis que le causó la muerte a los cuatro meses de salir de la cárcel. Tampoco había exigido el fiscal una repulsa expresa de ETA a Sergio Pérez Fuentes. De Castro lo puso en libertad condicional el 21 de julio de 2006 debido al tumor cerebral que sufría, agravado por un trastorno psicótico agudo. Ninguno de los dos se arrepintió de sus delitos ni se desvinculó de la violencia o pidió perdón.

El Fiscal coordinador de Vigilancia Penitenciaria en su recurso de apelación de fecha 5/9/2012 solicitó que se revocase la decisión y la nulidad de las actuaciones al entender que, pese a que padece una enfermedad grave e incurable, no se encuentra

¹⁰²⁹ Este miembro de ETA padecía también era “grave e incurable”, un cáncer con metástasis. Y su pronóstico de supervivencia era similar. Un año. Pero la Fiscalía de la Audiencia Nacional no se opuso en enero de 2011 a la excarcelación del etarra Mikel Ibáñez Oteiza, condenado por el asesinato del industrial Francisco Javier Zabaleta en 1988 y que debía salir de prisión en 2035. Tampoco le exigió que rechazara expresamente la violencia y pidiera perdón a las víctimas, como reclama ahora en el caso del etarra Uribetxeberria. El umbral de supervivencia en ambos casos también era similar. A diferencia de en el caso Bolinaga, en el de Ibáñez Oteiza el fiscal no exigió el arrepentimiento y el perdón expreso que el Código Penal establece como requisitos para la libertad de presos terroristas. Con el apoyo del ministerio público, el juez De Castro entendió que en los casos de “enfermedades graves e incurables” solo se debía valorar “la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad”, bajísima en tumores tan avanzados. Que en los casos de etarras encarcelados con enfermedades graves, el distanciamiento de la banda y el reconocimiento del daño causado solo era necesario si no había “riesgo inminente para la vida”. Juez y fiscal también actuaron de forma similar en el caso de Sergio Pérez Fuertes, condenado a cinco años por colocar un cóctel molotov en un tren de cercanías en 1998. La libertad condicional se otorgó en este caso por el brote psicótico que sufría, pero ni el magistrado ni la fiscalía exigieron el abandono de la violencia y el perdón. De Castro lo excarceló y, debido a su enfermedad mental, propuso que fuera incapacitado.

en situación de "*peligro patente para su vida*". El Ministerio Fiscal en el recurso mantiene que el penado padece una enfermedad grave e incurable, pero no se encuentra en situación de riesgo inminente o de peligro patente para su vida lo que hace inaplicable el art. 92.3 CP, de modo que para acceder a la libertad condicional prevista en el art. 92.1 resulta imprescindible formular declaración de arrepentimiento en el sentido indicado en el art. 90.1.c (pronóstico individualizado y favorable de reinserción social previsto en el art. 67 LOGP) puesto que así lo exige el párrafo 3º del mismo artículo 90 CP para los condenados por delitos de terrorismo. No se exige en ningún caso del cumplimiento de las previsiones que el Código Penal dispone en sus arts. 90 y 92.1 para enfermos muy graves con padecimientos incurables cuando no exista riesgo inminente de pérdida de vida. Cuando nos hallamos ante el caso de enfermedad grave sin riesgo inminente para la vida será aplicable el art. 92.1 CP y deben cumplirse los requisitos que establece el art. 90 CP a excepción del requisito temporal (art. 90.1.b). Por tanto es preceptivo, al margen de la satisfacción de las responsabilidades civiles (en caso de insolvencia), la declaración de arrepentimiento y perdón a las víctimas, así como de repudio de las actividades delictivas, al que deben unirse los correspondientes informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista. De los informes de los servicios penitenciarios no se desprende tal desvinculación, ni tampoco que haya formulado declaración de rechazo y/o abandono de su pasado delictivo, o petición a las víctimas de sus delitos. Para finalizar, según el art. 92.3CP reformado por la LO 7/2003 los informes de los servicios médicos del centro penitenciario y el del médico forense deben ser coincidentes, cosa que no ocurre en este caso puesto que el del forense es desfavorable.

Finalmente, el 12/9/2012 la Sección primera era de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional acordó la libertad condicional del preso de ETA Iosu Uribetxebarria Bolinaga, enfermo de cáncer. De esta forma, los cinco magistrados de la sección ratificaron la decisión del Juez de Vigilancia Penitenciaria, que había aprobado su libertad condicional por

"razones humanitarias y de dignidad personal", con la oposición de la Fiscalía. . También aprobaron que debe de cumplir las reglas de conducta que le impuso el Juez de Vigilancia Penitenciaria en su auto, que eran: no participar en actos políticos, no abandonar la residencia que tenga fijada, comunicar cualquier cambio en su estado¹⁰³⁰.

La Sección Primera de la Sala Penal de la Audiencia Nacional resolvió el recurso de apelación de la Fiscalía contra la decisión del Juez central de Vigilancia Penitenciaria de conceder la libertad condicional al penado. Los magistrados en el auto hacen un completo y explicativo relato de las circunstancias en las que cabe conceder la libertad condicional, además de una argumentación sobre el principio de humanidad en las penas y el principio de respeto a la dignidad humana. Así, el auto dice: "La ley incorpora a nuestro sistema el principio de humanidad de las penas, que encuentra su justificación en la prohibición constitucional de aplicar penas inhumanas o degradantes y en el valor de la dignidad humana". Ese principio de respeto a la dignidad humana, añade el texto, "surge de la consideración de la persona, de toda persona al margen de sus actos, como un fin en sí mismo: el individuo no puede ser utilizado como un medio, no puede ser reducido a objeto". El principio de humanidad, prosigue la argumentación de los jueces, "tiene carácter incondicionado, no pudiendo depender de la gravedad de las conductas sancionadas, ni de la entidad de los daños causados por el delito". De esta forma, "en caso de peligro patente para la vida del penado, la ley prescinde de la consideración sobre el delito, hace abstracción de tales datos, dado el carácter absoluto del derecho a la vida y la integridad física y moral". Y concluye: "Prevalece el respeto a la dignidad de la persona humana en la última fase de la vida".

La Audiencia Nacional justifica la excarcelación del penado en que todos los informes médicos que obran en la causa coinciden en que existe un "peligro patente" para su vida, lo que

¹⁰³⁰ Noticias 13 septiembre 2012,
<http://www.derechopenitenciario.com/index.asp>

ampara su salida de la cárcel en virtud del "principio de humanidad".

Esta resolución judicial sostiene que la concesión de la libertad condicional se ampara en el art. 92.3 CP, aplicable a "personas de avanzada edad y de enfermos muy graves con padecimientos incurables" que sufran dolencias que supongan "un peligro patente para la vida". Esta vía excluye los requisitos contemplados en el art. 90 CP para "enfermos muy graves con padecimientos incurables", entre los que se encuentran que el penado cuente con "un pronóstico favorable de reinserción, dificultad para delinquir y escasa peligrosidad", así como que haya abonado su responsabilidad civil, abandonado la actividad terrorista y mantenga una "colaboración activa" con las autoridades.

Por tanto, los magistrados mantuvieron el auto de libertad condicional aprobado por Juez Central de Vigilancia y decretaron la excarcelación del penado al valorar que todos los informes médicos recabados --incluido el de la forense, que señaló que el penado no se encontraba en situación "terminal"-- coinciden en la existencia de "una enfermedad muy grave e incurable, con una evolución de mal pronóstico" y sólo divergen en "el pronóstico de supervivencia", que sitúan en todo caso entre "los siete meses y 29 días y los 11 meses y 3 días". "Los dictámenes son esencialmente concurrentes", aseguran.

En la resolución del recurso, los magistrados de la Audiencia Nacional profundizan en el análisis de este tipo de libertad condicional afirmando que se debe anticipar por razones humanitarias en el caso de personas de avanzada edad y de enfermos muy graves con padecimientos incurables, según establece el art. 92 CP. Para ello la ley prevé dos métodos, según exista o no un peligro patente para la vida, pues en este caso se suprimen la mayoría de los requisitos al primar el derecho a la vida y a la integridad física y moral. Para los supuestos de padecimientos muy grave e incurable el art. 92.1 y 2 CP exime del requisito de haber extinguido un tiempo de cumplimiento mínimo (tres cuartas o dos terceras partes de la pena, según los casos), pero demanda la concurrencia de varias circunstancias,

las mismas que para la progresión a tercer grado: la clasificación en esta fase, un pronóstico favorable de reinserción que deberá atender a la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad, el abono de la responsabilidad civil y, para los delitos de terrorismo y crimen organizado, el abandono de los fines y medios de la actividad terrorista, la colaboración activa con las autoridades para impedir delitos de la organización terrorista o atenuar las consecuencias de sus delitos, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa del condenado de repudio de sus delitos y abandono de la violencia, así como la petición de perdón a las víctimas. En el supuesto de constatarse un peligro patente para la vida ya no se necesita reunir dichas circunstancias, basta el informe pronóstico final (art. 92.3 CP)... De este modo la ley incorpora a nuestro sistema el principio de humanidad de las penas, que encuentra su justificación en la prohibición constitucional de aplicar penas inhumanas o degradantes y en el valor de la dignidad humana, que es fundamento del orden político y de la paz social (art. 15 y 10.1 CE). El principio de respeto a la dignidad humana surge de la consideración de la persona, de toda persona al margen de sus actos, como un fin en sí mismo: el individuo no puede ser utilizado como un medio, no puede ser reducido a objeto, ha de ser protegido jurídicamente frente a todo intento de cosificación. De ahí que se considere que ciertas penas son intolerables, porque degradan a la persona al infligirle un grave dolor y sufrimiento físico y psíquico, y se hable de indignidad.

Para los magistrados la finalidad de la ley es evitar el internamiento en establecimientos penitenciarios de enfermos muy graves con padecimientos incurables cuando exista peligro patente para la vida, al entender que puede ser una forma de ejecución de la pena privativa de libertad contraria a la dignidad intrínseca de la persona humana. La ley asume que la prolongación de la estancia en un establecimiento penitenciario supone un sufrimiento añadido a la propia pena, planteando un riesgo para su vida y salud. También la Convención europea de derechos humanos proscribía las penas y tratos inhumanos en su art. 3, señalando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que la salud del condenado debe tenerse en cuenta al decidir las

modalidades de ejecución de las penas privativas de libertad, ya que el internamiento puede resultar incompatible con una grave enfermedad siempre que se someta a la persona a un peligro y sufrimiento que exceda en intensidad al nivel inevitable de sufrimiento inherente a la reclusión (caso Mouisel contra Francia, 14.11.2002; la Corte concluyó que el Estado había violado el Convenio al mantener en prisión durante dos años a un enfermo de leucemia que estaba recibiendo tratamiento de quimioterapia, lo que significó un trato degradante e inhumano).

Y es que, según los magistrados, el principio de humanidad que incorpora el art. 92 CP tiene carácter incondicionado, no pudiendo depender de la gravedad de las conductas sancionadas, ni de la entidad de los daños causados por el delito, ni de los fines que se persiguen con la imposición de la pena (confirmación de la ley, intimidación de posibles delincuentes, resocialización e intimidación del condenado). En caso de peligro patente para la vida del penado, la ley prescinde de la consideración sobre el delito, hace abstracción de tales datos, dado el carácter absoluto del derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 CE). Prevalece el respeto a la dignidad de la persona humana en la última fase de la vida.

Por último se recoge en la resolución que, como señalaba el Juez Central, ha de ponerse de manifiesto que el Fiscal consintió la progresión a tercer grado que la SGIIP acordó el 17.8.2012, que le fue notificada con la indicación de que podría recurrir ante el Juez. Resulta contradictorio e incompatible con el recurso que ha formulado. Porque la decisión a la que se aquietó venía a clasificar en tercer grado al interno a los “efectos de poder iniciar el expediente de libertad condicional” que solo podría canalizarse por la vía del 92.3 CP bajo la cobertura del peligro patente para la vida. Entonces no consideró necesario que se observaran los requisitos que el art. 90 CP establece para los delitos de terrorismo (abandono de la actividad terrorista y colaboración activa con las autoridades, que se puede acreditar mediante declaración de repudio y la petición de perdón a las víctimas), pero ahora impugna la concesión de la libertad condicional, alegando por el contrario que es preciso, al no

existir peligro patente para la vida, la concurrencia de dichas condiciones.

Esta resolución judicial contó con el voto en contra de uno de los cinco magistrados, quien en defendió que en ningún caso ni momento la Administración Penitenciaria había formulado al Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, la incoación de un expediente de libertad condicional al amparo del art. 92.3 CP, como se dice en el antecedente primero de dicho auto mayoritario.

Según este magistrado, el art. 92 apartado 1, recoge textualmente en su párrafo segundo. ...”cuando se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables”. El art. 92 apartado 3, recoge textualmente: “Si el peligro para la vida del interno a causa de su enfermedad o de su avanzada edad fuere patente...”. Es decir, que el legislador ha creado dos posibilidades diferentes, tratándolas separadamente no solo en su texto, sino también en las distintas condiciones que exige para su obtención, ya que no es legalmente lo mismo padecer una enfermedad grave con padecimientos incurables que encontrarse en situación de peligro patente para la vida.

Si examinamos las condiciones exigidas para su concesión en cada caso, advertimos que en los supuestos del art. 92 núm.1 del CP, le penado deberá, por imperativo del art. 90. 1 último párrafo, “llevar a cabo signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista, lo que podrá acreditarse mediante una declaración de repudio de sus actividades delictivas y abandono de la violencia, y petición expresa de perdón para las víctimas de su delito.

Para este magistrado, en el supuesto del número 3 del referido art. 92, tales trámites condicionales no son precisos. Pero en este caso el criterio mayoritario alegando razones de humanidad, derecho a la vida y a la integridad física y moral, conforme al art. 15 CE, que establece como “incondicionado” el contenido del art. 92 CP, discrepo absolutamente con el debido respeto en base a la normativa existente.

Dicha normativa es la que debemos observar, sin interpretaciones *contra legem ni extra legem*, rehuendo y olvidando las diferencias entre ambos supuestos de enfermedad, porque habida cuenta que toda enfermedad grave con padecimiento incurable, acarrearía la muerte del penado en su día, dejamos sin contenido el art. 92.1 CP, en contra del parecer legislativo reiterado en la forma antes dicha. No tenemos capacidad y por tanto no podemos dejar sin efecto una norma.

Defiende el magistrado que si el Legislador hubiera pretendido la anulación del art. 92.1 CP, tanto en la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2003 como en la reforma derivada de la Ley Orgánica 5/2010 hubiera suprimido el párrafo. El juez debe interpretar, no legislar, esa no es su función y en aplicación de la mera función que nos corresponde como Jueces y Magistrados, me reafirmo en la vigencia plena de la distinción legal citada, discrepando por tanto sustancialmente, pero con todo respeto, del parecer de la mayoría.

El magistrado discrepante finaliza su voto manifestando que que nos encontramos en el presente caso en el supuesto del número 1 del art. 92 del Código Penal, debiendo por tanto el penado que pretenda adquirir la libertad condicional cumplir con todos y cada uno de los requisitos que establecen los arts. 90 y 91 de dicho texto legal. Considero por tanto, que nos encontramos ante un supuesto previsto en el art. 92.1 CP, y no ante el supuesto contemplado en el art. 92.3 de dicho texto, como estima la mayoría, a mi modo de ver, y con los debidos respetos de forma errónea. Como se ha dicho anteriormente la diferencia entre la aplicación de un precepto u otro no es baladí, ya que el párrafo primero, impone para la concesión de la libertad condicional, entre otras condiciones, al menos la renuncia a la actividad terrorista y el perdón a las víctimas, lo que no ha sucedido en este caso, constando por el contrario, en los informes iniciales del Centro Penitenciario, a los que hemos hecho mención, que persiste en su actitud, justificando la misma. Por ello he mantenido y mantengo una postura discrepante con la mayoría, al considerar procedente estimar del recurso planteado por el Ministerio Fiscal con revocación de la libertad condicional, en primer lugar en base a la nulidad indicada, y en

segundo lugar hasta que por el penado no se diera cumplimiento a los requisitos procedentes conforme al art. 90 CP.

A todo lo expuesto, consideramos que la resolución de la Audiencia Nacional es ajustada a derecho puesto que, como hemos visto, distingue dos tipos de libertad condicional por enfermedad grave e incurable, la regulada en el art. 92.1 y 2 CP, y la del 92.3 CP. La diferencia entre ambas radica como coinciden, tanto los magistrados de la Audiencia, como el Ministerio Fiscal, en que habiendo peligro “patente” para la vida ya no es necesaria la acreditación de los requisitos del art. 90.1 CP *in fine*. No cabe duda que este caso procedía la excarcelación del penado puesto que el tiempo de vida pronosticado como más favorable era el de 11 meses y el más desfavorable de 7 meses. Por tanto, como indica la resolución de la Audiencia era una mera escasa diferencia cuantitativa. Además, consideramos, como ya hemos indicado anteriormente, que desde el momento que un penado presenta una enfermedad grave e incurable con mal pronóstico de vida a corto plazo deben decaer los requisitos del art. 92.1 y 2 CP pues el principio de humanidad establecido en el art. 15 CE debe primar sobre los requisitos regulados en el la legislación penal y penitenciaria.

Para finalizar hemos de hacer mención a la reforma de este tipo de libertad condicional propuesta en el Anteproyecto de reforma del Código Penal presentado por el Gobierno en julio de 2012. Se modifica el art 91, que queda redactado como sigue:

“1. No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, los penados que hubieran cumplido la edad de 70 años, o la cumplan durante la extinción de la condena, y reúnan los requisitos exigidos en el artículo anterior, excepto el de haber extinguido las tres cuartas partes de aquélla, las dos terceras, o, en su caso, la mitad de la condena, podrán obtener la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la concesión de la libertad condicional.

El mismo criterio se aplicará cuando se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables, y así quede acreditado tras la práctica de los informes médicos que, a criterio del Juez o Tribunal, se estimen necesarios.

2. Constando a la Administración penitenciaria que el interno se halla en cualquiera de los casos previstos en los párrafos anteriores, elevará el expediente de libertad condicional, con la urgencia que el caso requiera, al Juez o Tribunal que, a la hora de resolverlo, valorará junto a las circunstancias personales la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad del sujeto.

3. Si el peligro para la vida del interno, a causa de su enfermedad o de su avanzada edad, fuera patente, por estar así acreditado por el dictamen del médico forense y de los servicios médicos del establecimiento penitenciario, el Juez o Tribunal podrá, sin necesidad de que se acredite el cumplimiento de ningún otro requisito y valorada la falta de peligrosidad relevante del penado acordar la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concederle la libertad condicional sin más trámite que requerir al centro penitenciario el informe de pronóstico final al objeto de poder hacer la valoración a que se refiere el párrafo anterior. En este caso, el penado estará obligado a facilitar al Servicio Médico penitenciario, al médico forense, o a aquel otro que se determine por el Juez o Tribunal, la información necesaria para poder valorar sobre la evolución de su enfermedad.

El incumplimiento de esta obligación podrá dar lugar a la revocación de la suspensión de la ejecución y de la libertad condicional”.

3º Criterios penitenciarios

La Instrucción de la DGIIPP de 19 de octubre de 1994, cuando se refiere a la revisión de grado en estos supuestos diciendo que *"en tales casos resulta especialmente importante que el seguimiento y las oportunas propuestas de clasificación se efectúen con rapidez y sin sometimiento a plazo alguno, sino con el exclusivo criterio de la evolución de la enfermedad"*. Esta fue la posición de la Administración penitenciaria en un principio puesto que rechazaba propuestas de progresión basadas exclusivamente en un pronóstico muy grave, con fatal

desenlace en fechas próximas de internos sin que procediese por razones de evolución personal. Frente a ello estaba la realidad, en la mayoría de los casos el tipo de internos susceptibles de “beneficiarse” de la norma, solían presentar una carrera delictiva consolidada con escasas expectativas de inserción social positiva. Resulta evidente que desde un punto de vista de estricta apreciación de la legalidad (una interpretación literal e histórica de este mecanismo contenida en la Circular de la Fiscalía General del Estado de 5 de noviembre de 1990) la aplicación de la libertad condicional anticipada sólo sería aplicable a aquellos internos que estuviesen clasificados en tercer grado conforme a los criterios generales de clasificación.

Poco a poco los criterios fueron variando tanto a nivel de la Dirección General IIPP como de los Jueces de Vigilancia que asentaron sus criterios conociendo de recursos en el sentido de aceptar que no se trata de obtener un tercer grado por aplicación de las circunstancias y variables de progresión del art. 65.2. LOGP. En esta segunda etapa de interpretación de la normativa el dato que resultaba fundamental para la clasificación en tercer grado era la posibilidad de un desenlace fatal de forma inminente. El principio de humanidad que debe regir la ejecución de las penas privativas de libertad así como la resocialización del peando (que no ya no se podrá conseguir durante el periodo de cumplimiento de la pena) debían determinar el acceso del interno al tercer grado como paso previo a la excarcelación para que pudiera pasar sus últimos días en el entorno familiar.

En una tercera etapa se superó esta interpretación restrictiva, entendiendo que lo fundamental no debiera ser la esperanza de vida sino las condiciones en las que interno pudiera vivir ese periodo.

Finalmente se ha llegado a la conclusión que en dichas propuestas lo que se valora de una parte es la evolución de la enfermedad, y de otra las variables criminológicas, para concluir en un diagnóstico híbrido sobre el pronóstico de reincidencia. El RP de 1996 se hace eco de esta posición e introduce el apartado cuarto del art. 104 RP donde establece: “*Los penados enfermos*

muy graves con padecimientos incurables, según informe médico, con independencia de las variables intervinientes en el proceso de clasificación, podrán ser clasificados en tercer grado por razones humanitarias y de dignidad personal, atendiendo a la dificultad para delinquir y a su escasa peligrosidad social.”. Evidentemente tal diagnóstico al versar sobre el alcance y desenlace de enfermedades que no se conocen con exactitud presenta problemas. Ha de ponderarse con la legislación vigente de un lado el derecho del interno a vivir su periodo de tiempo postrero en libertad ya que la reclusión en estas circunstancias se convierte en un acto de crueldad, y, de otro, la convicción de que no se devuelve a la sociedad a un delincuente activo capaz de dañar gravemente la convivencia.

Por tanto, el informe para la clasificación en tercer grado art. 104.4 RP debe valorar:

- El perfil criminológico del interno. Por ejemplo, no es lo mismo que su carrera delictiva se limite a robos que a agresiones sexuales.

- La incidencia de la dolencia en la capacidad criminal, pues la enfermedad puede disminuir la potencialidad criminógena.

- Las expectativas en el exterior de apoyo y control del entorno familiar o asociativo. El contar con apoyo familiar o recursos sociales es fundamental porque sino nos podemos encontrar con el liberado abandonado en la calle, lo cual puede influir negativamente tanto en su enfermedad como en la reincidencia en el delito.

- La forma en que el interno asume la enfermedad. Este tipo de enfermedades arroja un cierto grado de riesgo que debe asumirse pero ponderando la incidencia de ese riesgo en la comisión de nuevos delitos.

Los Jueces de Vigilancia también han adoptado un criterio en esta materia: *“En los supuestos de aplicación urgente de la libertad condicional por razón de enfermedad grave e incurable, no hallándose el interno clasificado en tercer grado, el JVP podrá acordar dicha progresión, sin propuesta previa*

del establecimiento, en el mismo auto en que se conceda a aquél el beneficio de la libertad condicional.”

Por su parte, el art. 196.2 RP establece la libertad condicional para enfermos muy graves con padecimientos incurables, añadiendo que cuando los servicios médicos del Centro consideren que concurren las condiciones para la concesión de la libertad condicional por esta causa, lo pondrán en conocimiento de la Junta de Tratamiento, mediante la elaboración del oportuno informe médico.

La Instr. 2/2005, que derogó la Inst. 9/2003, indica que: *“Al no haberse visto reformado el art. 92 CP en lo relativo a la dispensa del requisito de cumplimiento de las tres cuartas partes o, en su caso, dos terceras de la condena para la concesión de la libertad condicional a enfermos muy graves con padecimientos incurables, debe entenderse que las propuestas y resoluciones de tercer grado formuladas sobre la base de las previsiones del art. 104.4 RP no resultan afectadas por el periodo de seguridad. Y en consecuencia, pueden realizarse tales propuestas con independencia del tiempo de condena extinguido, por razones de humanidad y de dignidad personal”*. Si bien esta instrucción hace mención sólo a la libertad condicional por enfermedad grave e incurable, nosotros entendemos que en base a las mismas razones de humanidad y de dignidad debe aplicarse a los septuagenarios. Igualmente, y por similares criterios, opinamos que no es requisito necesario el haber satisfecho las responsabilidades civiles, así lo recoge la Instr. 2/2005 cuando exceptúa las propuestas a tercer grado art. 104.4 RP de las normas generales. Como dice **Cervelló Donderis**, lo lógico es que por razones humanitarias no se exijan en tales supuestos, pero si el Código Penal los quiere excluir debe hacerlo expresamente¹⁰³¹. En este mismo sentido se manifiesta **Téllez Aguilera**¹⁰³², pero como bien mantiene **Fernández Aparicio**: *“es obvio que a una persona de avanzada*

¹⁰³¹ CERVELLÓ DONDERIS, V., “Los nuevos criterios de...”, *op. cit.*, pág. 24

¹⁰³² TÉLLEZ AGUILERA, A., “La Ley de cumplimiento...”, *op. cit.*, pág. 4

*edad y que padece una enfermedad o patología generadora de invalidez o gran invalidez no se le puede exigir la satisfacción de la responsabilidad civil en igual de condiciones que quien es joven o goza de buena salud*¹⁰³³.”

Igualmente, y por similares criterios, entendemos que no es requisito necesario el haber satisfecho las responsabilidades civiles, así lo recoge la Instr. 2/2005 cuando exceptúa las propuestas a tercer grado art. 104.4 RP de las normas generales. En este mismo sentido se pronuncia la Inst. 9/2007. Por tanto, la clasificación del interno en tercer grado tiene, a estos efectos, un carácter teleológico para posibilitar la tramitación de la libertad condicional que permita al interno morir fuera del Establecimiento Penitenciario; las razones de dignidad y humanidad operan frente a las posibilidades de reinserción del recluso gravemente enfermo¹⁰³⁴.

4º El procedimiento de concesión.

La aprobación de los supuestos excepcionales necesita un procedimiento reglamentario, que es el mismo utilizado para la libertad condicional. La Junta de Tratamiento, según establece el art. 194 I RP, inicia la tramitación del expediente, con la única salvedad de que en el caso de enfermedad muy grave e incurable, serán los servicios médicos de la prisión quienes informen previamente a la junta.

Los requisitos que se establecen para la libertad condicional por enfermedad grave e incurable también se han de reunir previamente para la clasificación en tercer grado regulada en el art. 104.4 RP. Por su parte el art. 196 RP aclara que los documentos que han de componer el expediente han de ser los

¹⁰³³ FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., “Las nuevas funciones de vigilancia penitenciaria en la LO 15/2003, de modificación del Código Penal”, Febrero 2005, pág. 7

¹⁰³⁴ NIETO GARCÍA, A .J., “Breve guía de la actividad reinsertadota de la administración penitenciaria en la ejecución de las penas privativas de libertad”, *Diario La Ley* Nº 6987, Sec. Doctrina 11/7/2008, pág.10

mismos exigidos en el art. 195 del RP para la libertad condicional, con las siguientes salvedades:

1º Se exceptúa la obligación de que el interesado manifieste si dispone de trabajo o medio de vida cuando salga en libertad. En el caso de que no tuviera, tampoco se exige el informe de los servicios sociales sobre la posibilidad de conseguirle un trabajo en el exterior. Esta supresión parece lógica, porque tanto el septuagenario como el enfermo incurable salen de la prisión para morir y no para trabajar.

2º Si el septuagenario o el enfermo incurable carece de familia o apoyo exterior, en ese caso, el expediente ha de contener un informe social en el que conste su admisión por alguna institución o asociación. Esta medida pretende asegurar su atención y protección cuando esté en libertad, ya sea en su domicilio, en un hospital o en una institución privada.

3º En el caso de los septuagenarios, se exige la acreditación de la edad del interno mediante la certificación de nacimiento o, en su defecto, por cualquier medio de prueba admitido en Derecho. Y en el supuesto de los enfermos muy graves, se exige un informe de los servicios médicos de la prisión dirigido a la junta de tratamiento.

Concluido el expediente de libertad condicional del penado, la Junta de Tratamiento comprobará que contiene todos los certificados e informes. Posteriormente, si procediese, hará una propuesta razonada de autorización y lo elevará al JVP, quien, a su vez, remitirá el expediente al Ministerio Fiscal para que emita un informe. Recibido el informe, el JVP resolverá lo que proceda.

Tras la reforma operada en el CP por LO 15/2003 de 25 de noviembre, en el núm. 2 del precepto se expresa la voluntad del legislador de que el procedimiento establecido ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria sea un procedimiento preferente, en la medida que expone el carácter urgente del mismo, atendiendo a las razones médico-personales del interno —al padecimiento incurable—, para que el órgano judicial

pondere las mismas junto con la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad del sujeto¹⁰³⁵.

La ponderación de razones médicas con la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad del sujeto, criterios estos últimos introducidos por el CP de 1995, ha pretendido dar cobertura al criterio utilizado en la práctica de la “autonomía funcional”, de forma que, cuando el pronóstico de reinserción sea dudoso, se atienda a la capacidad física que le queda al sujeto para delinquir¹⁰³⁶.

La misma reforma operada por LO 15/2003, de 25 de noviembre, ahonda en el carácter urgente de la tramitación de la libertad condicional, dotando a su vez de una mejora técnica en el procedimiento, describiendo funciones propias del JVP, en cuanto garante de los derechos del recluso, atribuyéndole funciones de celeridad en la tramitación de la libertad condicional anticipada por razones de enfermedad al otorgarle la potestad de solicitar, de oficio, el informe pronóstico final del interno si las circunstancias así lo aconsejasen.

No obstante, la mejora técnica de la regulación de la libertad condicional anticipada por enfermedad del recluso cuenta con una laguna, objeto de interpretación en el núm. 3 del art. 92 CP: la potestad de autorizar la libertad condicional por el JVP, previa en su caso la progresión de grado. Surge la duda de si la aludida progresión de grado reside en la Administración, omitiendo el legislador en el precepto la competencia, por entenderse obvia, en virtud de la legislación penitenciaria¹⁰³⁷ o, por el contrario, la omisión obedece a la oportunidad de excepcionar la competencia clasificatoria en primera instancia a

¹⁰³⁵ NIETO GARCÍA, A J., “La excarcelación de prisión por enfermedad: análisis de la situación para internos penados, preventivos y penados con prisión provisional”, *Diario La Ley*, N° 7406, Sección Doctrina, 20 de mayo de 2010 (La Ley 2128/2010).

¹⁰³⁶ TÉVAR VILCHEZ, B., “El modelo de libertad condicional español”. Tesis doctoral de 2004.

¹⁰³⁷ Conforme a los arts. 79 LOGP y 31 RP

favor del JVP¹⁰³⁸, atendiendo al carácter urgente del procedimiento y al margen de maniobra en la gestión que el propio artículo le confiere al órgano judicial.

Resulta coherente entender que el legislador, por Ley Orgánica, ha querido establecer una excepción a la competencia exclusiva de la Administración para la resolución de los grados de tratamiento de la clasificación penitenciaria. Ello podría fundamentarse en dos motivos, por un lado, el propio núm. 3 del art. 92 CP, que señala la potestad del JVP de autorizar la libertad condicional sin más trámite que requerir al centro penitenciario el informe de pronóstico final y, por otro lado, la oportunidad, por razones humanitarias y de dignidad que inspiran la libertad condicional anticipada, de autorizar por pronunciamiento judicial el tercer grado sin la previa impugnación de un acuerdo administrativo por el interno o de resolución previa de la Administración Penitenciaria, todo ello acorde con el principio de urgencia que inspira el procedimiento y que el legislador ha querido plasmar en la reforma de la LO 15/2003¹⁰³⁹.

La traslación administrativa que posibilita el acceso a la libertad condicional a través del cumplimiento del requisito de la clasificación en tercer grado de tratamiento viene determinada en el Reglamento Penitenciario, en el art. 104.4, que señala que *“los penados enfermos muy graves con padecimientos incurables, según informe médico, con independencia de las variables intervinientes en el proceso de clasificación, podrán ser clasificados en tercer grado por razones humanitarias y de dignidad de la persona, atendiendo a la dificultad para delinquir y a su escasa peligrosidad”*.

¹⁰³⁸ En los criterios de los Jueces de Vigilancia del año 1994, en el nº 57 se estableció que cuando el expediente personal del interno que obre en el Juzgado de Vigilancia figuran los datos necesarios suficientes para comprobar la concurrencia de los requisitos legales, el Juez puede autorizar directamente la libertad condicional, sin necesidad del expediente administrativo.

¹⁰³⁹ NIETO GARCÍA, A. J., “La excarcelación de...”, *op. cit.*, 20 de mayo de 2010

La clasificación del interno en tercer grado tiene, a estos efectos, un carácter teleológico para posibilitar la tramitación de la libertad condicional que permita al interno morir fuera del Establecimiento Penitenciario o vivir en mejores condiciones para su estado de salud que en él; las razones de dignidad y humanidad operan frente a las posibilidades de reinserción del recluso gravemente enfermo¹⁰⁴⁰.

Los Jueces de Vigilancia también han adoptado un criterio en esta materia: “ *En los supuestos de aplicación urgente de la libertad condicional por razón de enfermedad grave e incurable, no hallándose el interno clasificado en tercer grado, el JVP podrá acordar dicha progresión, sin propuesta previa del establecimiento, en el mismo auto en que se conceda a aquél el beneficio de la libertad condicional.*”

Por su parte, el art. 196.2 RP establece la libertad condicional para enfermos muy graves con padecimientos incurables, añadiendo que cuando los servicios médicos del Centro consideren que concurren las condiciones para la concesión de la libertad condicional por esta causa, lo pondrán en conocimiento de la Junta de Tratamiento, mediante la elaboración del oportuno informe médico.

No se puede interpretar enfermo grave e incurable con estado preagónico. Es decir, el concepto de enfermo terminal no debe ser interpretado tan restrictivamente que pueda llegar a confundirse con enfermo agónico o cercano a la muerte¹⁰⁴¹. Pero hay que buscar el *equilibrio* entre el derecho a la vida y a una muerte digna en libertad y el derecho de los ciudadanos a la preservación de los bienes jurídicos fundamentales, es decir, a la seguridad.

¹⁰⁴⁰ NIETO GARCÍA, A. J., “Breve guía de...”, *op. cit.*, 2008

¹⁰⁴¹ RÍOS MARTÍN, J.C., “La libertad condicional. Límites en el concurso real de delitos. Especial referencia a la doctrina Parot” dentro de la obra “*Derecho penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones*”, CGPJ, Madrid, 2007, pág. 200

La LO 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación del Código Penal de 1995 ha afectado al procedimiento para la libertad condicional por enfermedad grave e incurable añadiendo dos nuevos apartados a su art. 92. El nuevo tratamiento legal de este supuesto excepcional de libertad condicional viene a confirmar la necesidad previa de progresión al tercer grado penitenciario, incluso en los casos de peligro patente para la vida, aunque permite que el JVP valore con mayor flexibilidad las circunstancias concurrentes en el sujeto en orden a acordar la progresión a tercer grado¹⁰⁴².

El apartado segundo del art. 92 CP ordena a la Administración penitenciaria que cuando se produzcan los casos previstos en los párrafos anteriores (cumplimiento de setenta años de edad o padecimiento de enfermedad grave e incurable) elevará el expediente de libertad condicional, con la urgencia que el caso requiera al JVP, que a la hora de resolverlo, valorará junto las circunstancias personales la dificultad de delinquir y la escasa peligrosidad del sujeto. Este apartado viene a elevar a jerarquía legal unos criterios para valorar la capacidad criminal del penado que ya se establecían en sede reglamentaria en el art. 104.4 RP donde se determinaba que para la clasificación en tercer grado por enfermedad grave e incurable, como paso previo a la libertad condicional, la Administración penitenciaria debía hacerlo “*atendiendo a la dificultad de delinquir y a su escasa peligrosidad*”, lo que resulta un tanto contradictorio con su finalidad humanitaria¹⁰⁴³.

El apartado tercero del art. 92 CP regula el supuesto de cuando el peligro para la vida del interno, a causa de la enfermedad o de la avanzada edad, es *patente*, es decir, cuando el peligro de muerte es inminente, luego no cabe peligro posible

¹⁰⁴² TAMARIT, SUMALLA, J. M^a, GARCÍA ALBERO, R., RODRÍGUEZ PUERTA, M^a J., SAPENA GRAU, F., *Curso...*, *op. cit.*, 2^a Ed., pág. 354

¹⁰⁴³ CHAVÉS PEDRÓN, C., “Reforma del art. 92 del CP. Competencias del JVP en la excarcelación de septuagenarios y enfermos muy graves”, *Iustel. Com RGDP* N^o 4, Noviembre, 2005, pág. 7

o futuro¹⁰⁴⁴. En estos casos esta circunstancia de *peligro patente para la vida* ha de estar acreditada por el dictamen del médico forense y de los servicios médicos del establecimiento penitenciario, y el JVP podrá, previa progresión a tercer grado, autorizar la libertad condicional solamente solicitando al centro penitenciario *el informe pronóstico final al objeto de poder realizar la valoración de la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad*¹⁰⁴⁵, sin perjuicio del seguimiento y control previsto en el art. 75 de la LOGP por parte de la Asistencia Social Penitenciaria de los liberados condicionales excarcelados.

Esta novedad acelera la tramitación de los casos urgentes permitiendo incluso la necesaria progresión de grado, lo que es de esperar que evite las demoras innecesarias que de producían con anteriormente¹⁰⁴⁶.

Este apartado tercero introduce como novedad la necesidad de informe del médico forense, con este nuevo requisito se pretende llegar a un mejor conocimiento del estado real de salud del penado, pues además de éste se debe seguir aportando el realizado por los servicios médicos del establecimiento penitenciario. De hecho se solían realizar ambos peritajes a petición del JVP, pero ahora se ha elevado a obligación legal que los dos informes se aporten antes de resolver el JVP sobre la libertad condicional. Por tanto, si uno de ellos no considera que exista peligro para la vida del interno no podrá obtenerse por esta vía la libertad condicional sin perjuicio de reconducirla al nº 1 del art. 92 CP¹⁰⁴⁷.

¹⁰⁴⁴ FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., *Derecho Penitenciario...*, *op. cit.*, pág. 98

¹⁰⁴⁵ Circular 1/2005 del Fiscal General del Estado sobre la aplicación del Código Penal operada por la LO 15/2003, de 26 de noviembre. Pág. 25

¹⁰⁴⁶ CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho...*, *op. cit.*, 2ª Ed. 2006, pág. 256, 3ª Ed., págs. 281-282

¹⁰⁴⁷ FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., “Las nuevas funciones de...”, *op. cit.*, pág. 8

En este apartado tercero se recoge el criterio de actuación que tienen aprobados los Jueces de Vigilancia en esta materia pues siempre defendieron que en caso de urgencia por enfermedad grave e incurable ellos mismos podían aprobar la progresión a tercer grado sin esperar la resolución de la Administración Penitenciaria y la libertad condicional. Como dice **Fernández Aparicio** de la última reforma podría entenderse que no es necesario estar clasificado en tercer grado para obtener este tipo de libertad condicional, la redacción es equívoca pero parece deducirse que sí. Si el interno estuviera en otro grado penitenciario habrá de progresarse de grado o clasificarlo en tercer grado y ello con la urgencia que las circunstancias del interno exigen. Estamos de acuerdo con el citado autor que debería ser indiferente la clasificación del interno y lo importante sería constatar su escasa peligrosidad¹⁰⁴⁸.

Por tanto podemos concluir que este apartado tercero establece un *procedimiento especial de urgencia cuando hay un peligro inminente para la vida*, quedando los apartados primero y segundo de este art. 92 CP como regulación del procedimiento general.

En el VI Encuentro del Servicio de Orientación y Asesoramiento ante los Juzgados de Vigilancia de los Colegios de Andalucía celebrado en mayo de 2008, entre otros asuntos, se acordó respecto a la libertad condicional por enfermedad grave e incurable solicitar que los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, así como de los órganos judiciales sentenciadores cuando conozcan de recursos de apelación contra las resoluciones de aquellos, que en relación a la excarcelación por enfermedad grave incurable prevista en el art. 92 CP, al margen de la existencia de una enfermedad con dichas característica, exclusivamente concretada con criterios médicos, distingan tres tipos de situaciones:

1ª. *Aquellas en que exista peligro inminente para la vida*. Lo que conllevará su concesión inmediata, sin sujeción a ningún

¹⁰⁴⁸ FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., “Las nuevas funciones de...”, *op. cit.*, pág. 9

otro requisito, como si se tratara de la suspensión de condena prevista en el art. 80.4 CP.

Respecto a esta propuesta hemos de indicar que no cabe duda que el Juez o Tribunal sentenciador siempre puede hacer uso de la suspensión de la ejecución de la pena como está establecida en el indicado 80.4 CP, pero en este caso ya no hablaríamos de libertad condicional sino de suspensión de la pena; es decir, que la Administración Penitenciaria no intervendrá en el procedimiento salvo para emitir los informes médicos que le sean solicitados por el órgano judicial sentenciador. Evidentemente si el penado ya tenía otra pena suspendida por el mismo motivo y no se le aprobase la suspensión de la pena, en este supuesto sí que se podría iniciar el procedimiento de la libertad condicional por enfermedad grave e incurable del art. 92 CP.

2ª. Aquellas en que no exista peligro de muerte a medio o largo plazo. En cuyo caso, se exigirá, para la concesión, la existencia de un pronóstico favorable de reinserción.

Estamos totalmente de acuerdo de que en caso de que no exista riesgo inminente de muerte es necesario como establece el art. 92 CP que se emita por parte de la Junta de Tratamiento el correspondiente pronóstico individualizado de reinserción social.

3ª. Aquellas en que, no exista peligro de muerte a medio o largo plazo, pero en las que la Administración penitenciaria no puede garantizar los cuidados y atenciones médicas que precise la enfermedad. En estas, tampoco se exigirá la existencia de pronóstico favorable de reinserción, sin perjuicio de que se establezcan, las medidas o reglas de conducta pertinentes, para asegurar que el enfermo realmente recibe los cuidados médicos necesarios.

En los casos en los que la Administración penitenciaria no pueda garantizar los servicios médicos necesarios para el tratamiento de una patología grave e incurable, entendemos que es conveniente proponer la libertad condicional en base a que padece una enfermedad que no puede ser debidamente atendida

en prisión y por lo tanto es oportuna la excarcelación para garantizar el derecho a la vida, a la integridad y a la salud de los internos recogido en el art. 3.4 LOGP, pero consideramos que se debe emitir el oportuno pronóstico de reinserción social para conocer la peligrosidad del penado y en base a ello imponerle las apropiadas medidas o reglas de conducta.

Respecto al número de excarcelaciones por esta vía, desde el año 1996 más de 1.600 presos han accedido al tercer grado en los últimos cinco años al aplicarles el art. 104.4 RP, que contempla la posibilidad de otorgarlo por enfermedad grave o razones humanitarias. Según la SGIIPP desde el año 2007 ha concedido el tercer grado, paso previo a conseguir la libertad condicional, a más de 1.620 reclusos, incluyendo presos comunes y condenados por terrorismo. Así, en 2007 se aplicó el citado artículo a 351 internos, en 2008 a 305, en 2009¹⁰⁴⁹ a 315, en 2010 a 352 y el año 2011 a más de 300, aunque la cifra total aún no está cerrada. La misma SGIIPP reconoce que desde 1996 la clasificación del tercer grado se ha aprobado para 23 presos etarras enfermos graves¹⁰⁵⁰.

La vertebración del procedimiento de la libertad condicional anticipada se basa en el informe médico que acredite el estatus de enfermo muy grave con padecimiento incurable y en la tutela que a través de un acta de acogida por familiares o instituciones se haga cargo del interno en la situación vital insalvable, a fin de que, en todo caso, el resto del periodo de vida del interno y/o el fallecimiento del interno lo sea en mejores condiciones que las que pudiera tener en prisión.

¹⁰⁴⁹ NIETO GARCÍA, A. J., “La excarcelación de prisión por...”, *op. cit.*, 20 de mayo de 2010 (La Ley 2128/2010): en el año 2009 se produjeron del orden de 316 resoluciones de clasificación en tercer grado, art. 104.4 RP, bien en instancia administrativa por la Administración penitenciaria, a través de la clasificación o progresión de grado de tratamiento, bien en instancia judicial, a través de las resoluciones dictadas por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria o los correspondientes Tribunales sentenciadores en vía de apelación

¹⁰⁵⁰ Agencia EFE. 17/8/2012

Respecto a la revocación de libertad condicional por enfermedad grave e incurable en las reuniones de los Jueces de Vigilancia (1992 y 1994) llegaron la conclusión de que en el caso de una eventual curación posterior del enfermo así liberado, no parece revocable el beneficio al no constituir aquélla una causa legal de revocación. Y todo ello porque para hacerlo deben producirse una de las siguientes circunstancias: comisión de un nuevo delito y/o incumplimiento de reglas de conducta¹⁰⁵¹.

En la Reunión de los Jueces de Vigilancia del año 2005 se aprobó que: *“La mejoría en el estado de salud de los internos clasificados en tercer grado por la vía del art. 104.4 RP, permite su regresión a segundo grado”*. En este mismo sentido se pronunció el Fiscal Coordinador de Vigilancia Penitenciaria en su recurso de apelación de fecha 5/9/2012 en el caso Bolinaga: *“De esta manera, para el caso de que el interno sujeto a tratamiento médico pudiera tener curación...el beneficio del tercer grado podría ser revocado cuando desapareciesen las causas que lo originaron...Con la concesión del tercer grado el interno no es excarcelado totalmente y por tanto queda sometido al régimen penitenciario aunque de una forma muy flexible...Con el tercer grado si el interno logra su curación a través de tratamiento médico al desaparecer la causa que originó la concesión de la misma puede ser éste revocado”*.

El citado acuerdo y lo manifestado por el Ministerio Fiscal de la Audiencia Nacional nos parecen criterios razonables porque hay casos en los que en un momento determinado el penado se encuentra gravemente enfermo pero posteriormente cambian las circunstancias y mejora, lo cual puede dar lugar a que se le deniegue la libertad condicional porque ya no concurre tal enfermedad grave e incurable, y si no se le regresa quizá no pueda disfrutar los permisos ordinarios u otras medidas de los

¹⁰⁵¹ En este mismo sentido se pronuncia el Fiscal Coordinador de Vigilancia Penitenciaria en su recurso de apelación de fecha 5/9/2012 en el caso Bolinaga.

clasificados en segundo grado puesto que, recordemos, el tercer grado del art. 104.4 RP es tan solo un grado instrumental a los solos fines de tramitar la libertad condicional por enfermedad grave e incurable.

B. EL TERCER GRADO INSTRUMENTAL PARA LA EXPULSIÓN DE LOS EXTRANJEROS NO RESIDENTES LEGALMENTE.

1. Introducción

La población reclusa extranjera a lo largo de los últimos diez años ha evolucionado en un constante incremento, habiendo pasado de un número de 8.990 internos con un porcentaje de 19,93% en el año 2000, a un número de 24.502 internos en el año 2011, lo que supone un porcentaje del 34,78% de internos extranjeros¹⁰⁵².

¹⁰⁵²	Año.	Población total.	Extranjeros.	Porcentaje
	2000	45.104	8.990	19,93%
	2001	47.571	11.095	23,32%
	2002	51.882	13.443	25,92%
	2003	56.096	15.190	27,07%
	2004	59.375	17.150	28,88%
	2005	61.054	18.566	30,41%
	2006	64.021	20.643	32,24%
	2007	67.100	22.977	34,24%
	2008	73.508	26.201	35,64%
	2009	76.079	27.162	35,70%
	2010	73.849	26.098	35'30%
	2011	70.472	24.502	34'78%

El avance de esta población reclusa en nuestro sistema penitenciario ha sido irrefrenable en los últimos años, tanto en términos absolutos como porcentuales, con un crecimiento medio relativo aproximado del 2% anual desde el año 2000, de forma sostenida. Sin embargo en el año 2009 se ha producido, por vez primera en el último decenio, una reducción de internos que también afecta a la población reclusa extranjera. Dicho descenso se asocia sin duda a la reducción de penas por delitos contra la salud pública- de gran relevancia entre ciudadanos extranjeros reclusos- operada por la reforma de la LO 5/2010, así como por el reforzamiento de los mecanismos repatriativos¹⁰⁵³.

La LOGP, de 26 de septiembre de 1979, no hace referencia alguna a los internos extranjeros, es decir, no se tiene en cuenta la condición de extranjero para anudar a la misma consecuencias específicas en materia de régimen y tratamiento penitenciario, que deben regirse por el principio general de igualdad y no discriminación, conforme al art. 3 de la citada ley¹⁰⁵⁴.

En el momento que nuestra LOGP vio la luz la situación penitenciaria era bien distinta a la actual y el número de internos extranjeros era una cuestión incidental, al igual ocurrió con la aprobación del Reglamento penitenciario de 1981, en el que las referencias a este colectivo no son muy numerosas a lo largo de

2012 (mayo) 70.804 24.169 34,14%

Fuente: Anuario Ministerio del Interior. <http://w.w.w.mir.es>

¹⁰⁵³ NISTAL BURÓN, J., “La condición de extranjero en la ejecución penal. La necesaria armonización de la política de extranjería con los fines de la actividad penitenciaria”, *Diario La Ley*. Nº 7919, 6/9/2012, pág. 3

¹⁰⁵⁴ En el mismo sentido se pronuncia NISTAL BURÓN, J., “La condición de extranjero...”, *op.cit.*, pág. 4: “Según se deriva de lo establecido en el art. 3 LOGP y particularmente del art. 4 RP, la actividad penitenciaria, en lo que atañe al colectivo de internos extranjeros, debe venir presidida por el principio de interdicción general de la discriminación, con independencia de que proceda de razones de nacionalidad, etnia, raza, religión o lengua. Es decir, la condición de extranjero no ha de tener, por el solo hecho de serlo, consecuencias en materia de ejecución penal”.

su articulado. El panorama ya empezaba a ser distinto quince años después, cuando se aprueba el Reglamento penitenciario de 1996, que ya en su propia Exposición de motivos hace referencia al profundo cambio experimentado por la realidad penitenciaria en los últimos años para fundamentar la necesidad de un nuevo texto legal, entre otras causas, por los cambios sufridos en la sociedad española y la mayor presencia de reclusos extranjeros.

El art. 3 LOGP establece que “la actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena, sin establecerse diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición social o cualesquiera otras circunstancias de análoga naturaleza”. De tal enunciado se deriva que, en consonancia con el art. 13 CE, no cabe hablar de un trato diferenciado de los internos extranjeros respecto de los españoles, si bien no es menos cierto que las circunstancias jurídicas y socio-familiares van a influir de forma muy relevante en el cumplimiento de los fines de la institución penitenciaria, a saber la reeducación y la reinserción social —que conecta con el art. 25 CE—, así como la retención y la custodia.

Si bien la legislación penitenciaria no establece ninguna distinción entre nacionales y extranjeros (situación diferente se produce en el Código Penal) y, mucho menos, entre los que están en situación de regularidad y los que no, existe una profunda brecha entre aquella y la práctica penitenciaria donde, directa o indirectamente, esa condición de extranjería va a suponer un cumplimiento cuantitativa y cualitativamente de la pena de mayor dureza que el que le corresponde a un nacional. El desarraigo les va impedir —o cuando menos dificultar en gran medida— el disfrute de los mecanismos que posibilitan un contacto con la sociedad como son los permisos penitenciarios, el tercer grado o el acceso a la libertad condicional¹⁰⁵⁵.

¹⁰⁵⁵ RODRÍGUEZ YAGÜE, C., “Los derechos de los extranjeros en las prisiones españolas: legalidad y realidad”, *Revista General de Derecho*

Por tanto, la legislación penitenciaria española no establece diferencias significativas entre los penados nacionales y los extranjeros, aunque es evidente que esa circunstancia supone un gravamen añadido¹⁰⁵⁶ para obtener el tercer grado penitenciario. En la normativa penitenciaria no se prevé ninguna especialidad para la clasificación en tercer grado de internos extranjeros que residan ilegalmente en España, pero esta clasificación es necesaria para ser excarcelado en libertad condicional en nuestro país o para su disfrute en el país de origen (art. 197.1 RP).

Si bien el régimen abierto que supone el tercer grado sigue siendo cumplimiento de la pena, sin embargo las posibilidades reales de acceso a este grado son mínimas, ya que posteriormente procederá la materealización de la expulsión ex art. 57.8 de la Ley de Extranjería, al menos en el caso de los delitos comprendidos en el precepto legal, lo que determina que los riesgos de quebrantamiento de condena sean racionalmente elevados¹⁰⁵⁷.

Penal, Nº 2, 2004, pág. 3. En el mismo sentido se pronuncia DE MARCOS MADRUGA, F., “Una aproximación al tratamiento de los extranjeros en prisión”, *Diario La Ley* Nº 7410, 26 de Mayo de 2010. La Ley 2315/2010, pág. 3: “El art. 3 LOGP establece que «la actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena, sin establecerse diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición social o cualesquiera otras circunstancias de análoga naturaleza». De tal enunciado se deriva que, en consonancia con el art. 13 CE, no cabe hablar de un trato diferenciado de los internos extranjeros respecto de los españoles, si bien no es menos cierto que las circunstancias jurídicas y socio-familiares van a influir de forma muy relevante en el cumplimiento de los fines de la institución penitenciaria, a saber la reeducación y la reinserción social —que conecta con el art. 25 CE—, así como la retención y la custodia.

¹⁰⁵⁶ VEGA ALOCÉN, M., *La libertad condicional...*, *op. cit.*, pág. 112

¹⁰⁵⁷ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., “Derecho penitenciario y extranjería”, *Seminario Migraciones internacionales y extranjería*, Diciembre 2005

2. Clasificación en tercer grado

La LO 5/2010, de 22 de junio, ha introducido una nueva modalidad de expulsión al establecer que los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado y de las partes personadas, acordarán en sentencia, o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España, que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario, salvo que previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España.

El art. 89.5 CP viene a establecer que “los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado y de las partes personadas, acordarán en sentencia, o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España, que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena, salvo que previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España”. La aplicación de esta modalidad de expulsión parcial deja así de tomar como punto de partida las condenas de prisión a partir de 6 años, inclusive, que en cualquier caso pueden aplicarla, sino que se extiende como una opción a Jueces y Tribunales a toda clase de penas privativas de libertad, también para las penas de prisión inferiores a seis años.

Su particularidad respecto de la modalidad de la expulsión íntegra radica en que la sustitución de la pena no es completa, sino que la pena misma debe cumplirse materialmente con un límite temporal doble, marcado por la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento, o por el cumplimiento de las tres cuartas partes de la pena. En todo caso nuevamente se asegura la necesidad de un previo debate contradictorio de todas las partes, aunque se supedita a la iniciativa del Ministerio Fiscal, y se posibilita la adopción del pronunciamiento

sustitutivo bien en la sentencia, bien mediante auto durante la fase de ejecución. Finalmente, conviene significar que la nueva redacción del art. 89.5 CP introducida por LO 5/2010 mantiene la limitación de la aplicación de la figura a extranjeros no residentes legalmente en España, a diferencia de la redacción anterior a la LO 11/2003, donde resultaba indiferente su situación administrativa en España.

La mención del tercer grado merece especiales reflexiones, ya que no constituye una alternativa lógica en un sistema puro de individualización científica, que así se desnaturaliza. En las actuales circunstancias, y tal y como aquí se concibe, la concesión del tercer grado no lleva aparejada su consecuencia natural de aplicación del régimen abierto, como modelo regimental que posibilita el acceso a un sistema de semilibertad, sino que conlleva lisa y llanamente la expulsión. Es más, en estas condiciones las variables de clasificación dejan de tener así en absoluto sentido alguno, y la propia mención del tercer grado se constituye en definitiva en un instrumento si se establece en sentencia, que deja en manos de la Administración Penitenciaria, y en última instancia al Ministerio del Interior, la decisión de la fecha de materialización de la expulsión, con anterioridad a la fecha de cumplimiento de las tres cuartas partes de condena, en base a posibles criterios de oportunidad conceptualmente ajenos por completo a las variables legales de clasificación y de progresión al tercer grado. La cuestión se hace más chocante cuando la progresión al tercer grado se suscita por la Institución Penitenciaria articulando la propuesta de alzamiento de período de seguridad, en los términos del art. 36.2 CP.

Que se lleve a cabo la audiencia del penado (aunque no es precisa la voluntariedad del mismo a partir de la entrada en vigor de la LO 5/2010 en los casos de expulsión del art. 89 CP)¹⁰⁵⁸ y demás partes personadas es la voluntad de la ley que

¹⁰⁵⁸ Circular 5/2011, de la Fiscalía General del Estado, sobre Criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración.

queda reflejada en la dinámica general procedimental del art. 89.1 y en el inciso inicial del propio 89.5 CP. Llama la atención además de este apartado quinto del art. 89 CP la discrepancia respecto del tenor de la redacción empleada en el art. 89.1 CP, y es que se aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España, y no en un Centro Penitenciario en España.

La aplicación de la expulsión parcial sustitutiva, a diferencia de la íntegra, se supedita al expreso requerimiento del Ministerio Fiscal —“a instancia del Ministerio Fiscal”. Ello nos suscita si puede plantear la cuestión el penado y sobre todo las acusaciones particulares, o suplir su ausencia de requerimiento el tribunal sentenciador. La cuestión no tiene cobertura en la dicción literal de la ley y, de hecho, fue rechazada alguna Enmienda al texto que planteaba este problema—, lo que parece restringir el incidente al requerimiento expreso del Fiscal, aunque es previsible que el tema pueda ser reinterpretado jurisprudencialmente. Como ya hemos señalado, para que el Fiscal articule el requerimiento puede aceptarse que el Tribunal suscite al Ministerio la procedencia de esta opción sustitutiva, pero además parece oportuno que las Instituciones Penitenciarias desarrollen la comunicación de la fecha de las tres cuartas partes como está recogido en sede reglamentaria (art. 27 en relación con el art. 197 RP) pero también podría hacerse a través de instrucciones; y aunque la comunicación del tercer grado al Fiscal está garantizada —art. 107 RP—, debería participarse la comunicación de que se realiza, además de a los efectos del art. 107 RP, a los efectos del art. 89.5 CP.

Otra cuestión suscitada es la cuestión de si el art. 89.5 entraña un segundo modelo aplicable a las penas privativas de libertad inferiores a seis años, que se superpone el régimen del art. 89.1 CP. Consideramos que la respuesta debe ser afirmativa, ya que en estos casos el Juez o Tribunal que impone una condena con penas privativas de libertad inferiores a seis años, de estimar procedente la expulsión, tiene a su disposición la posibilidad de elección entre una expulsión sustitutiva íntegra (art. 89.1 CP) o una expulsión parcial (art. 89.5 CP), y que puede adoptar la elección de la sustitución parcial durante el trámite de ejecución. Pero se requiere igualmente audiencia del

penado y de las partes personadas para la expulsión del extranjero no residente legalmente en España que hubiera accedido al tercer grado penitenciario, salvo que se aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España.

No obstante lo expuesto no en todos los casos de clasificación en tercer grado del extranjero la solución debe ser la expulsión, la Junta de Tratamiento valorando las circunstancias personales del penado podrá proponer la clasificación en tercer grado o la libertad condicional para disfrutar en nuestro país si el juez o tribunal sentenciador no ha decretado la sustitución de la pena por la expulsión.

Los problemas de acceso al tercer grado desaparecen en los casos de imposibilidad de materealización de la expulsión sustitutiva, en estos casos procederá según el art. 89.1 el cumplimiento de la pena privativa de libertad originalmente impuesta, y por tanto se abre la posibilidad de clasificación en tercer grado y pase al régimen abierto puesto que si el penado ya no va ser expulsado disminuyen los riesgos de quebrantamiento de condena.

La ampliación del marco objetivo de aplicación con la referencia al tercer grado penitenciario deja en manos de la Administración Penitenciaria la determinación del momento exacto de la expulsión desnaturalizando el sistema de progresión penitenciaria e instrumentalizando el llamado tercer grado en aras de facilitar no ya la reinserción ni la resocialización sino la expulsión del penado¹⁰⁵⁹. En su informe al Anteproyecto de la LO 11/2003 a la Fiscalía le pareció positiva que se ampliase la posibilidad de expulsión al tercer grado, pero, también es cierto que la utilización de este tercer grado para conseguir la expulsión no se puede engarzar dentro del sistema de individualización científica (art. 72 LOGP), sino como *un grado instrumental* a efectos de coadyuvar en la política criminal de expulsión de los penados extranjeros sin residencia legal en España.

¹⁰⁵⁹ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., “Extranjería: Derecho Penal y Penitenciario”, *Consejo General de la Abogacía Española.*, 2003

El disfrute de permisos de salida¹⁰⁶⁰, el posterior acceso al tercer grado y por último la libertad condicional han de acompañarse de garantías suficientes por parte de los condenados, indicios claros de que durante dichos tiempos no volverán a delinquir.

Si aplicamos lo anterior a los extranjeros en centros penitenciarios, se observa la contradicción entre la norma de extranjería y la penitenciaria a la que antes hacíamos referencia. Y ello, porque, siendo muchos los extranjeros que desean permanecer en España una vez cumplida la condena, y estando en realidad avocados, bien a la expulsión, bien a una vida en irregularidad administrativa en los casos en que la anterior no pueda ejecutarse, su situación jurídica reduce por sí misma las garantías de buen uso de modos abiertos de cumplimiento o salidas previas temporales, y conllevan circunstancias de obligada valoración por la Administración Penitenciaria.

Los factores determinantes a valorar por la Junta de Tratamiento a la hora de proponer uno u otro grado de clasificación, son: la personalidad; el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, la duración de las penas;

¹⁰⁶⁰ NISTAL BURÓN, J., “La condición de extranjero...”, *op. cit.*, pág. 7: “Aunque en principio la regulación vigente no ha previsto especialidades para los permisos de ciudadanos extranjeros y las recomendaciones internacionales inciden en que se posibilite su acceso sin discriminaciones, no puede dejar de reconocerse que al amparo de lo dispuesto en el art. 156.2 RP, que establece como motivos denegatorios de los permisos la probabilidad de comisión de nuevos delitos, de no reincorporación y de repercusión perjudicial sobre el propio penado desde la perspectiva de su proceso de recuperación social y aun cuando la extranjería en sí misma no puede considerarse como causa de denegación de permisos, sí lo permitirá en los casos, tales como la inexistencia de vínculos sociales, familiares ni institucionales, así como en los casos de vinculación a grupos de crimen organizado. En el primer caso pueden concluirse razonablemente probabilidades de no reincorporación muy superiores a las abstractas que son propias y comunes de cualquier permiso autorizable; en el segundo caso por las mismas razones y por existir probabilidades de comisión de nuevos delitos. Ello se refleja en las estadísticas de los penados que disfrutan de permiso, donde el porcentaje de los penados extranjeros que no regresan del permiso concedido es cuatro veces superior al de los españoles. “

el medio social al que retorne el recluso y los recursos; y las facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento (art. 102 RP). Por tanto, como bien dice **Nistal Burón**¹⁰⁶¹ el principio de igualdad en la ejecución penal se proyecta en el hecho de que los ciudadanos extranjeros ostentan el mismo derecho que los españoles a que la actividad penitenciaria se desarrolle con plena observancia de las leyes y reglamentos, tanto en lo que se refiere a los derechos como a los deberes. Sin embargo y dado que nuestro sistema penitenciario es un sistema calificado como de “individualizado” de conformidad con lo dispuesto en el art. 72 LOGP, ello supone que la pena impuesta sea ejecutada adecuándola a las circunstancias personales de cada interno en particular —una de ellas la nacionalidad—, pero estas diferencias no son desigualdades, que ello es lo que quiere decir la voz discriminación, sino simples especificidades, que las podemos agrupar en dos bloques: aquellas relacionadas con el régimen y las relacionadas con el tratamiento penitenciario.

En el caso de los reclusos extranjeros la problemática se centra fundamentalmente en su integración socio-familiar y su situación jurídica. De salida, como es obvio, tienen mayores dificultades de acceso a un régimen de permisos y éstos, como señala la STC de 24 de junio de 1996, son funcionales a los regímenes de semilibertad.

El deficiente arraigo que se da en muchos casos, la imposibilidad de acceso a un trabajo con el cual subvenir las necesidades, aboca a la marginalidad, lo que hace difícil que pueda afirmarse que exista esa capacidad para llevar a cabo un régimen de vida propio del tercer grado.

Como bien dice la Administración Penitenciaria de Cataluña en su Circular 1/2011 sobre extranjería, en la cual se recoge, entre otros asuntos, que no podrán acceder al régimen abierto los penados extranjeros que tengan una resolución judicial o administrativa de expulsión del territorio nacional. Por tanto en puridad, la concesión de permisos o el acceso a tercer

¹⁰⁶¹ NISTAL BURÓN, J., “La condición de extranjero...”, *op. cit.*, pág. 4

grado de extranjeros que pretenden permanecer en España debieran quedar restringidos a aquellos con arraigo y vinculación familiar en nuestro país¹⁰⁶².

Para finalizar este apartado hemos de insistir que en estos supuestos la clasificación en tercer, que no está prevista en la legislación penitenciaria, tiene un estricto carácter teleológico e instrumental para posibilitar la tramitación de la expulsión, pues no se establece un régimen de vida en semilibertad sino que el penado permanece en prisión en régimen ordinario hasta que la autoridad judicial competente (juez o tribunal sentenciador) aprueba la sustitución de la pena por la expulsión. Como indica **Nieto García**¹⁰⁶³, la clasificación en tercer grado a efectos de la expulsión exime al penado extranjero de una serie de requisitos inherentes al cumplimiento de condena que sí exigen al resto de la población penitenciaria:

1) Efecto retributivo de la pena privativa de libertad con la estancia un periodo de tiempo en prisión.

2) Ausencia de abonos de responsabilidad civil..., pudiendo eximirse del pago de la misma el extranjero no legalmente en España para propiciar su expulsión judicial.

3) Desnaturalización de la finalidad reeducadora y reinsertadota de la pena privativa de libertad.

Pero el citado autor destaca, con buen criterio, que en este supuesto de expulsión judicial, a través del requisito del tercer grado, en el que interviene de lleno en su decisión la Administración Penitenciaria –frente al supuesto contemplado en el art. 89.5 CP, en el que opera sólo el mero paso del tiempo por el cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena- es necesario que el recluso cuente con una evolución tratamental

¹⁰⁶² DE MARCOS MADRUGA, F., “Una aproximación al tratamiento penitenciario de los extranjeros en prisión”, *Diario La Ley*, Nº 7410, Sección Doctrina, 26 de mayo de 2010, págs. 8-9

¹⁰⁶³ NIETO GARCÍA, A. J., “El acceso al tercer grado penitenciario...”, *op. cit.*, págs. 5-6

favorable que haga inferir la oportunidad de disfrutar de un régimen de vida en semilibertad.

La diferencia respecto a la expulsión al cumplimiento de las tres cuartas partes de la pena es que mientras la de por clasificación en tercer grado se puede producir en cualquier momento, la de al cumplimiento de las tres cuartas partes requiere un periodo de tiempo determinado e ineludible.

Por otro lado, para ser expulsado al cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena no importa el grado de clasificación penitenciaria, por el contrario para obtener la libertad condicional es necesario estar, previamente, clasificado en tercer grado. Pero recordemos que tras la LO 5/2010, de 22 de junio el acceder al tercer grado supone la posible sustitución de cualquier pena privativa de libertad por la expulsión.

a) Ámbito penitenciario

Cuando se haya sustituido la pena inferior a seis años por la expulsión se debe notificar por el centro penitenciario a la brigada de extranjería de la Policía Nacional y al Ministerio Fiscal como determina el art. 27 RP. Pero también parece oportuno que Instituciones Penitenciarias realice la comunicación del cumplimiento de las tres cuartas partes y de la clasificación en tercer grado al Fiscal, y si bien ésta está garantizada por el art. 107 RP, debería participarse la comunicación además a los efectos del art. 107 RP, a los efectos del art. 89.5 CP¹⁰⁶⁴.

Conforme a la Inst. 18/2005, de 21 de diciembre, en materia de clasificación, y teniendo en cuenta los artículos 64.2 de la LOGP y 103 del RP, así como la Disposición adicional decimoséptima de la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en los supuestos de condenados a penas inferiores a seis años a quienes

¹⁰⁶⁴ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., “Expulsión judicial y reforma de la LO 5/2010”, *Jornadas de ATIP Nuevas realidades penales y penitenciarias: los retos en u escenario de cambios*, Almagro, 2010, pág. 107

se les haya sustituido la pena por expulsión, transcurrido un mes desde la recepción del testimonio de sentencia sin haberse llevado a efecto la expulsión acordada, el centro penitenciario lo comunicará dicha circunstancia al Juez o Tribunal Sentenciador. La citada instrucción indica este plazo porque según la Disposición adicional decimoséptima de la LO 19/2003 la expulsión debe realizarse en el plazo más breve posible y en todo caso, dentro de los 30 días naturales salvo causa justificada. En este sentido se pronuncia el Juzgado Penal nº 13 de Valencia que ordena que la expulsión “...deberá cumplimentarse en el plazo de 1 mes y caso de no verificarlo comunique las razones que lo impidan. Asimismo le comunico que en caso de haberse cumplido parte relevante de la pena impuesta podría quedar sin efecto la sustitución por la expulsión”.

Según la Circular 5/2011, de 2 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado, cuando los Fiscales no soliciten el ingreso del penado en un Centro de Internamiento para Extranjeros (CIE) deben de instar la aplicación de la Disposición Adicional 17ª y el ingreso en un centro penitenciario. En estos casos, el tiempo de ingreso en establecimiento penitenciario deberá ser lo más breve posible y no superior a treinta días, salvo prórroga si media causa justificada. Los Fiscales según la indicada circular analizarán en cada caso concreto la conveniencia de informar a favor de la prórroga pero deberán oponerse a la misma en el caso de cumplimiento avanzado de la condena, entendiéndose siempre por tal que alcance a las tres cuartas partes de la pena privativa de libertad. Nos parece acertadas estas instrucciones a los Fiscales para evitar la expulsión cuando ya está muy avanzado el cumplimiento de la pena privativa de libertad. Pero, por otro lado, hay que recordar que se abre la posibilidad de sustituir la pena por la expulsión por haber cumplido el penado las tres cuartas partes misma tal y como establece el art. 89.5 CP.

En el caso de que no se pueda llevar a cabo la expulsión, el centro penitenciario elevará propuesta de clasificación del penado en la última sesión que celebre dentro del plazo de dos meses desde la recepción del testimonio de sentencia, en el caso de que no se haya ejecutado su expulsión. Si después de elevada

dicha propuesta se llevara a efecto la expulsión se comunicará de modo inmediato al Área de Tratamiento de la Secretaría General IIPP. Igualmente se comunicará, en su caso, la resolución del Juez o Tribunal Sentenciador que acuerde el cumplimiento de la pena originariamente impuesta al no poder llevarse a efecto la expulsión.

La Inst. 18/2005 (y la Circular 1/2011 de la Administración penitenciaria de Cataluña) ordena que cuando en la sentencia se acuerde la expulsión al acceder el penado al tercer grado, la Junta de Tratamiento tendrá en cuenta esta previsión para, en caso de que proceda, elevar propuesta de progresión a esos efectos.

Una vez firme la clasificación en tercer grado, el centro penitenciario comunicará dicho extremo a la Comisaría Provincial de Policía y al Juez o Tribunal Sentenciador.

La Inst. 21/2011, de 17 de noviembre, establece que en caso de clasificación o progresión a tercer grado del extranjero no residente legalmente en España, la Junta de Tratamiento en el proceso de clasificación inicial o de revisiones de grado procederá a valorar la posibilidad de proponer el tercer grado a efectos de la expulsión.

Una vez se apruebe dicho grado se comunicará al Fiscal Jefe de la Audiencia Provincial de la que dependa el Juez o Tribunal que corresponda, así como al propio órgano jurisdiccional competente para la ejecución, a los efectos de posible aplicación del art. 89.5 CP.

En los supuestos que el órgano jurisdiccional competente para la ejecución no acuerde la expulsión la Junta de Tratamiento procederá a una revisión de grado valorando dicha circunstancia. Estamos de acuerdo con **Nistal Burón**¹⁰⁶⁵ en que teniendo en cuenta que desde el momento en que se constata la imposibilidad de ejecutar la expulsión se produce una minoración del riesgo de sustraerse a los mecanismos de control durante la extinción de condena, ello facilitaría el cumplimiento

¹⁰⁶⁵ NISTAL BURÓN, J., “La condición de extranjero...”, *op. cit.*, pág. 21

de las penas impuestas a estos internos de la forma más adecuada a la propia evolución personal de los mismos.

3. Posible aplicación del tercer grado a penados extranjeros a los que no les ha sido sustituida la pena por la expulsión

La Inst. 18/2005 establece la obligación de los centros penitenciarios de dirigirse a los órganos judiciales que no hayan decretado la expulsión en sentencia, en una especie de recordatorio de la medida legislativa comentada y para replanteamiento de su aplicación. Diversas resoluciones judiciales han valorado que la reconsideración en sede administrativa, era una iniciativa contraria al propio texto penal y a la Constitución.

El Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de octubre de 2004 vino a considerar la posibilidad de un revisión de la decisión sobre la expulsión con posterioridad al momento de dictarse sentencia, ya que podrían quedar satisfechos los fines retributivos o preventivos de la pena con el transcurso del tiempo de cumplimiento. En esta sentencia se denegaba la expulsión íntegra en un caso de condena de cinco años por tráfico de drogas motivando la decisión, entre otros, con el siguiente argumento,: *“cinco meses de prisión no son suficientes para cumplir el efecto disuasorio que se pretende con la pena, por lo que no cumplida ni siquiera la mitad de la pena no cabe la sustitución, sin perjuicio de que, transcurrido ese periodo de tiempo, el condenado pueda solicitar de nuevo la petición formulada”*.

Así se entendió en el Acuerdo de la Junta de Magistrados de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de mayo de 2004, fijando pautas de actuación en el sentido de sustituir por expulsión las penas entre 3 y 6 años de prisión (las más graves de la franja penal con posibilidad de sustitución íntegra) no al inicio sino al cumplimiento de las mitad; ello con el fin de evitar la impunidad y posible efecto contrario a la prevención general.

El propio Tribunal Constitucional, en Sentencia 145/2006, refiere que la posibilidad de dictar en ejecución de sentencia la sustitución de la pena por expulsión, sólo se preveía por el legislador respecto de penas iguales o superiores a seis años para el momento de acceso a tercer grado o cumplimiento de las tres cuartas partes. Además, generalizar la práctica que la Administración propone supondría aceptar como norma la imposición de un plus de castigo para los extranjeros que, de haber cumplido gran parte de la pena impuesta, obtendrían una condena doblemente onerosa al sumarse a la misma la expulsión extemporáneamente decretada.

Instancias inferiores han venido luego a seguir la tesis adoptada por el TC, concretando algunos aspectos que el Alto Tribunal dejaba abiertos. Así, destacan que, conforme al art. 89 CP, la Administración Penitenciaria no es parte legitimada en el proceso de expulsión para solicitar modificaciones en el fallo de la sentencia. Es más, al hacerlo se solicita por un ente público una actuación que modifica de forma esencial el contenido del fallo condenatorio y la ejecución de la sentencia en cumplimiento en contra de la tutela judicial efectiva y por ende la seguridad jurídica, del art. 24.1 CE . Por todo ello esta sentencia vino a establecer que sólo es admisible acordar la expulsión en fase de ejecución cuando lo haya pedido el propio penado cuando tal previsión se hubiera incluido en la parte dispositiva de la sentencia.

En respuesta, y teniendo en cuenta la STC 145/2006, de 8 de mayo, la Administración Penitenciaria ha tratado de adaptar su normativa a las resoluciones descritas, pero en continuo intento por favorecer la expulsión por ello la Inst. 5/2008 reformó la Inst. 18/2005, estableciendo que si examinados en el testimonio de sentencia los motivos de la no sustitución de la pena por la expulsión, si las penas eran inferiores a seis años, se remitirían al tribunal sentenciador, una vez cumplida *la mitad de la condena*, informe penal-penitenciario del interno y, en su caso, social, solamente cuando hubiese solicitud del propio penado o cuando en la sentencia condenatoria se haya incluido la previsión de sustituir la pena por la expulsión en fase de ejecución. Por el contrario la Administración penitenciaria de

Cataluña en su Circular 1/2011 sobre extranjería indica que cuando se remita la propuesta de expulsión es aconsejable contar con la voluntad expresa del penado que la solicite. Nosotros estimamos más adecuada la postura de la Inst. 5/2008 y que ha mantenido la Inst. 21/2011, que deroga la anterior, al ordenar que es obligatorio que conste dicha solicitud.

Esta iniciativa tiene su base en que con el tiempo de condena cumplido pueden haberse satisfecho las distintas funciones o fines de la pena. En ningún precepto legal se regula este plazo, por tanto no se entiende porqué se establece el mismo, la única referencia sería el art. 36.2 CP que fija el periodo de seguridad el cual se cumple cuando la pena es superior a cinco años al alcanzar la *mitad de la pena* y como consecuencia de ello se puede acceder al tercer grado penitenciario si se cumplen los demás requisitos; todo ello permite salir a régimen abierto y quizá por ello se entienda en esta instrucción que ya se han cumplido los fines de prevención general, especial y de retribución de las penas. Tras la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio, serán menores los casos que impidan la clasificación tercer grado pues sólo es obligatorio en delitos de terrorismo, delincuencia organizada y delitos contra la libertad e indemnidad sexual cuando la víctima tenga menos de trece años. En los demás casos la imposición del periodo de seguridad dependerá de la facultad discrecional del juez o tribunal sentenciador.

En la reforma de la LO 5/2010 desaparece toda esta problemática y si bien se puede sustituir la pena en fase de ejecución mediante auto, siempre habrá que oír previamente al penado. Según la Circular 5/2011, de 2 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado, los Fiscales también podrán solicitar la expulsión en sustitución del último tramo de la condena cuando así se lo interese el propio condenado con informe de la Secretaría General IIPP sobre su cercana clasificación en tercer grado, o cuando resulte que está próximo a cumplir las tres cuartas partes de la condena y no hubiera circunstancias penitenciarias que lo impidieran, o porque hubieran llegado al conocimiento del Fiscal hechos o circunstancias relevantes que o pudieron ser tomadas en

consideración en el momento de elevarse a definitivas las conclusiones provisionales.

La Inst. 5/2008 establecía que cuando las penas eran iguales o superiores a seis años, se remitirían los informes jurídicos y sociales junto con la solicitud del interno, en su caso, al Tribunal Sentenciador y al Ministerio Fiscal, bien tres meses antes del cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena, bien una vez haya sido clasificado en tercer grado. Al haber desaparecido este supuesto ha quedado derogada la Inst. 5/2008, de 13 de noviembre de 2008, por la Inst. 21/11, de 17 de noviembre, y ha pasado a referirse a cualquier pena privativa de libertad como hizo la Administración Penitenciaria de Cataluña su Circular 1/2011 sobre extranjería¹⁰⁶⁶.

Según la Inst. 21/2011 no procederá llevar a cabo estas actuaciones cuando se trate de penados extranjeros condenados por alguno de los delitos previstos en el art. 89.7 CP, que se refiere a los recogidos arts. 312, 318 bis, 515.6º, 517 y 518 del Código Penal (relativos a tráfico ilegal de personas y su

¹⁰⁶⁶ *Diario La Ley*, Nº 7716, 17 Oct. 2011: “La Conselleria de Justicia de la Generalitat promoverá el retorno a su país de origen de los presos extranjeros irregulares cuando hayan cumplido la mitad de la pena. Las autoridades penitenciarias calculan que unos 2.000 reclusos podrían acogerse a esta posibilidad, que inicialmente será voluntaria, pero que la Generalitat y la Fiscalía podrían forzar. Las cárceles del resto de España ya aplican esta posibilidad desde 2001. El actual Código Penal permite esta opción, sobre todo con los presos que se considere que no tienen muchas posibilidades de reinserción social, uno de los objetivos de las penas de prisión, según marca la Constitución Española.

Teniendo en cuenta que son inmigrantes irregulares, no podrán obtener permiso de residencia ni trabajo, lo que les dificultará la integración. Si, además, no tienen parientes en el país, las posibilidades de reinserción son muy escasas. Por ello, se les propondrá que retornen a su país y no vuelvan a España en cinco o diez años.

De los 10.700 reclusos de las cárceles catalanas, casi un 46%, cerca de 5.000, son extranjeros, de los cuales, la Generalitat calcula que unos 2.000 cumplirían los requisitos para ser expulsados. Catalunya dobla la media europea de porcentaje de reclusos inmigrantes, y es el cuarto país en este ámbito, sólo por detrás de Luxemburgo, Austria y Grecia”.

explotación laboral así como asociaciones ilícitas que promuevan estas actividades delictivas).

Tampoco procederá realizar las indicadas actuaciones cuando el penado se encuentre en situación de residencia legal o en condiciones de obtener dicha residencia. Hay que tener en cuenta a estos efectos que, en principio, tendrían residencia legal los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, así como sus familiares –cónyuge, descendientes menores de veintiún años y ascendientes que vivan a sus expensas- y los familiares de ciudadanos españoles. Todos estos extranjeros constituyen el ámbito de aplicación del Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, dictado conforme al Derecho comunitario en materia de extranjería.

La práctica ha demostrado las dificultades existentes para ejecutar las expulsiones de los extranjeros. Ya en marzo de 1994 saltó a la prensa que más de trescientos extranjeros que quisieron acogerse a estas medidas no pudieron debido a disfunciones de la propia administración¹⁰⁶⁷. Tales problemas, lejos de solucionarse, se han hecho crónicos con el tiempo. En 2002, sólo el 6,45% de la población extranjera encarcelada fue objeto de ejecución de las medidas contenidas en dicho plan. Desde 2002 hasta 2005 el número de excarcelaciones aumentaron de 866 a 2.635, recayendo el incremento sobre las expulsiones judiciales del artículo 89 CP. A partir de 2005 el total de excarcelaciones no ha superado las 2.000 salvo ligeramente en 2010, que se llevaron a cabo 2.008¹⁰⁶⁸.

¹⁰⁶⁷ *Diario El País* de 7 de marzo de 1994.

¹⁰⁶⁸ GARCÍA ESPAÑA, E., “Las otras poblaciones presas: mujeres y extranjeros”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Nº 7, Enero 2012, págs. 419-420. Consideramos importante detallar el tipo de expulsiones efectúadas.

4. Tercer grado instrumental a los efectos de la libertad condicional del art. 197 RP

A las personas condenadas extranjeras sin residencia legal en España, que deseen cumplir el periodo de libertad condicional en nuestro territorio también les puede ser aplicado el régimen de libertad condicional previsto en los arts. 90, 91 o 92 según corresponda¹⁰⁶⁹. Pero el acceso a la libertad condicional de los reclusos extranjeros presenta los mismos problemas que su clasificación en tercer grado, de ahí que deban hacerse las mismas consideraciones expuestas anteriormente.

Estos supuestos de clasificación en tercer, que no están previstos en la legislación penitenciaria, tienen un estricto carácter teleológico e instrumental para posibilitar la tramitación de la libertad condicional de los extranjeros no residentes legalmente y de los españoles residentes en el extranjero (art. 197 RP). Por tanto no existe ni un tercer grado específico ni un

Tabla de la evolución del número de excarcelaciones de extranjeros en España entre 2005 y 2010

(Fuente: Secretaría General Técnica de Instituciones Penitenciarias. Ministerio del Interior)

Tipo de excarcelación (Años)	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Expulsión administrativa con autorización						
judicial (art.57.7L.E)	140	113	33	92	58	84
Expulsión judicial como						
sustitutivo penal (art.89.1CP)	1.129	1.043	803	717	870	930
Expulsión judicial como sustitutivo última fase						
de la condena (art. 89.1 CP)	59	52	48	28	59	97
Cumplimiento de pena en país de origen						
(Conv. Estrasburgo y bilaterales)	64	75	188	192	249	257
Libert. condicional (art. 197 RP)	434	385	380	423	500	640
TOTAL	1.926	1.668	1.452	1.452	1.736	2.008

¹⁰⁶⁹ Auto del JVP nº 3 de Madrid, de 6 de octubre de 1996.

régimen de vida en semilibertad aplicable a los mismos, sino que el penado permanece en prisión en régimen ordinario hasta que el JVP aprueba la libertad condicional para que el extranjero no residente legalmente en España o el español residente en el extranjero la pueda disfrutar de la misma en el respectivo país. Según **Nieto García** la redacción del art. 197 del Reglamento Penitenciario de 1996, fechas en las que no existía todavía la sobreocupación de la población reclusa extranjera actual que aconsejase la expulsión de los extranjeros no residentes legalmente, hace inferir que el acceso al tercer grado puede contar no sólo con esos fines teleológicos de acceso a la libertad condicional sino que, a su vez, podría requerirse que el interno fuere técnicamente acreedor del tercer grado¹⁰⁷⁰. Nosotros compartimos totalmente este criterio puesto que existe la otra vía de sustitución de la pena por la expulsión al llegar el cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena (art. 89.5 CP) sin que sea necesario la clasificación en tercer grado, por tanto cuando se produce está es porque el penado cuenta con una evolución tratamental favorable que haga inferir la posibilidad de vivir en libertad condicional aunque sea en otro país.

El art. 197 RP permite que los extranjeros que lo deseen, y se encuentren en situación irregular en nuestro país, puedan disfrutar de la libertad condicional en su país de origen residencia. Esta posibilidad se convierte en ejecutable, según la trayectoria del penado, al cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena o de las dos terceras, discutiéndose aún en determinados foros si se puede combinar este precepto con la figura de la libertad condicional supercualificada del art. 91.2 CP.

No obstante, según **Hernando Galán**¹⁰⁷¹, los mecanismos de control previstos por estos Tratados para que los liberados condicionales que sean trasladados a su territorio, sólo se

¹⁰⁷⁰ NIETO GARCÍA, A. J., “El acceso al tercer grado penitenciario...”, *op. cit.*, pág. 6

¹⁰⁷¹ HERNANDO GALÁN, B., *Los extranjeros en el Derecho Penitenciario*, Madrid, 1997

pondrán en marcha cuando se haya seguido el procedimiento previsto por el propio Convenio y no cuando, de forma unilateral, la Administración Penitenciaria española, con la autorización del JVP correspondiente, haya seguido el procedimiento previsto en el art. 197.1 del RP.

El precepto no se ajusta específicamente a los extranjeros no residentes legalmente en España, sino que se extiende igualmente nominalmente a los españoles residentes en el extranjero. Este artículo suscitó debates porque algún Juzgado de Vigilancia aislado sostuvo la ilegalidad del mismo en base a que carecía de cobertura legal en el CP, y la ausencia de ratificación por España de determinados tratados y convenios europeos sobre la materia. Pero también es cierto el Código Penal tampoco dice nada en contra. Desde una óptica resocializadora, si el condenado tiene más posibilidades de reinserirse en el lugar donde, al fin y al cabo reside, aunque contraviniendo la ley administrativa, es allí donde debiera cumplir el periodo de libertad condicional¹⁰⁷².

A juicio de **Fernández Árevalo** y **Nistal Burón** el art. 197.1 RP no solamente no es ilegal, sino que en todo caso si de algo se le puede tachar es de restrictivo porque podrían acogerse al mismo los extranjeros residentes legalmente en España y los españoles que desearan desplazarse con carácter más o menos fijo en el extranjero¹⁰⁷³. Según estos autores el JVP al imponer las reglas de conducta del art. 90.2 CP en relación con el art.

¹⁰⁷² En este sentido el Auto del JVP nº 2 de Madrid, de 23 de febrero de 1999, en el que se resuelve en contra del criterio de la Junta de Tratamiento, que supedita el signo favorable de su informe a el periodo de libertad condicional se cumpla en el país de origen del interno y que el JVP califica de “argumento más propio de una concepción de orden público de la política penitenciaria, que de una preocupación por la realidad pues no se alcanza cómo esta persona puede tener más posibilidades de vivir honradamente en un país que, aún siendo el de origen le resulta lejano y, según, el mismo afirma, hostil, y donde no consta que tenga trabajo ni arraigo, que en España donde trabaja y vive su familia”.

¹⁰⁷³ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., *Manual de..., op. cit.*, págs. 154, 599 y 600

96.3.3^a, que contempla la obligación de residir en un lugar determinado, puede determinar la residencia del penado en el país donde le sea más favorable su reinserción y si es en nuestro país o es en otro extranjero el JVP puede así aprobarlo, siempre que haya convenios que permitan el traslado y control del penado¹⁰⁷⁴.

Por tanto, entendemos que aunque el art. 197.1 menciona sólo a los extranjeros que no tienen su residencia regularizada, no obstante debería aplicarse a los extranjeros con residencia legal, dado que si este artículo se fundamenta en las necesidades específicas para la reinserción de los que cumplen condena lejos de su país de residencia, entonces cualquier condenado en esta situación debería poder acceder a esta medida. Basta penar en un ejemplo: un penado comunitario que se quiere ir a cumplir la libertad condicional a su país porque allí reside su familia o tiene trabajo, negarle esta opción podría avocarle a la

¹⁰⁷⁴ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., “La condición de extranjero...”, *op. cit.*, pág. 11: “La aplicación de este precepto reglamentario ha planteado problemas, siendo objeto de debate en algunas de las reuniones de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria. Algunos de estos Jueces de Vigilancia no lo aplican por carecer esta modalidad de libertad condicional de cobertura legal en el Código Penal y por la ausencia de ratificación por España de tratados sobre esta materia que permitan un seguimiento y control del liberado. Es cierto que España no firmó el Convenio del Consejo de Europa de 30 de noviembre de 1964, relativo a la vigilancia de las personas en libertad condicional; sin embargo, dicho Convenio ha venido a ser sustituido por una Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea que vendrá a cubrir esta laguna. Se trata de la Decisión Marco 2008/947/JAI, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas. También se ha utilizado el argumento para la no aplicación del art. 197 RP, de que materialmente se trata de una libertad definitiva anticipada o de una expulsión encubierta, de tal manera que la imposibilidad de revocación por comisión de nuevo delito significaría un trato desigual más favorable respecto a los liberados condicionales en España. Contra este argumento, consideramos que la no aplicación de este precepto produciría una discriminación mayor sobre los muchos extranjeros que se encontrarían abocados a cumplir de forma íntegra la condena al carecer de apoyo familiar y de permiso de trabajo”.

reincidencia por falta de apoyo social y económico para vivir en España.

Como vemos, el art. 197 RP es un precepto que de por sí cuenta con numerosos flecos y da lugar dudas en cuanto a su ejecución. En primer lugar, nada dice de los extranjeros en situación regular que quieran cumplir el período de libertad condicional en su país. La interpretación más lógica nos dice que la respuesta ha de ser positiva: el traslado de personas condenadas sirve como norma supletoria, pues sirve para el traslado de las condenas, no de las formas de cumplimiento, y una interpretación en este sentido evitaría actuaciones discriminaciones sin fundamento alguno. El segundo apartado del precepto que analizamos enlaza la libertad condicional con cumplimiento en el extranjero y la expulsión penal antes tratada. Se procura con ello que, de no aprobar el JVP la libertad condicional, al menos el tribunal sentenciador valore la posibilidad de expulsión penal. A la vez, la redacción del precepto aproxima peligrosamente los efectos de ambas. Y es que no podemos dejar de mencionar el reproche de irresponsabilidad institucional que el resultado efectivo del art. 197 merece. Ello porque, a pesar de tratarse de una libertad condicional y no una expulsión, su carácter internacional y la ausencia de tratados internacionales efectivos convierte en inútil cualquier esfuerzo por seguir la pista del liberado.

El control que se ejerce sobre el mismo en cuanto a su ubicación espacial real y cumplimiento de condiciones impuestas es nulo, dándose con ello carta blanca a aquellos delincuentes de carácter internacional y facilidad de traslado. Además, en el momento del licenciamiento definitivo se acuerda el cumplimiento de una causa sin conocer el paradero ni itinerario conductual del condenado. No obstante la Decisión Marco del Consejo de 27 de noviembre de 2008 que trata de enmendar esta situación en el contexto de la Unión Europea, la cuestión seguirá abierta en la mayoría de los casos que se tramitan por implicar a países sudamericanos.

En íntima relación con lo anterior, el descontrol al que aludimos justifica las reticencias de algunos equipos de

tratamiento para elevar propuestas que conjuguen la libertad condicional en el extranjero y la supercualificada del art. 91.2 CP. El régimen que resulta de todo ello parece excesivamente beneficioso, derivando a su vez en injustas demoras en la tramitación de la libertad condicional de internos que, de no ser extranjeros, accederían a ella con mayor premura.

Pero, además de las carencias que individualmente merecen los preceptos comentados, su incoherencia con el sistema penitenciario, existe una cuestión de fondo que esta postura exageradamente tendente a la expulsión plantea y que deriva tanto de la aplicación del art. 89 CP, como del art. 197 RP sobre libertad condicional en país extranjero. En primer lugar, a pesar de que en sede administrativa se acuerde el acceso a un tercer grado a los efectos descritos de expulsión o libertad condicional, la decisión última depende del tribunal sentenciador y del JVP, respectivamente.

Es muy posible que la sobreocupación de las prisiones y los problemas que la presencia de extranjeros en las mismas determinen a la Administración Penitenciaria a flexibilizar las condiciones de aplicación de terceros grados. Terceros grados que aliviarían de trabajo a la Administración, pero que nada tienen que ver con su razón de ser inicial.

Un problema que se presenta en la práctica en relación con los extranjeros en situación de libertad condicional es si es factible la ejecución respecto de los mismos de la expulsión, ya administrativa, conforme a la LO 4/2000, de 11 de enero, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, ya judicial, esta última al amparo del art. 89 CP. En el primer caso, la expulsión administrativa no procede pues el liberado condicional está cumpliendo una pena y ésta no puede quedar sin efecto por decisión de una autoridad administrativa. En el caso de la expulsión acordada en sustitución de la pena, dado que en este supuesto desaparece el presupuesto de actuación del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, la pena privativa de libertad, no cabe duda de que ha de prevalecer la decisión del sentenciador.

Por último ha de tratarse la cuestión de la libertad condicional a cumplir en el país de origen, posibilidad que no se contempla en el CP. Es el art. 197 RP el que se ocupa de la cuestión, regulando el supuesto de los extranjeros no residentes legalmente en España y el de los españoles residentes en el extranjero, supuestos en los que cabe acceder a la libertad condicional para cumplir en el país de residencia, previa conformidad del interesado. No regula el precepto dicho la situación de los extranjeros que, con residencia legal en España, quieran sin embargo volver a su país de origen. En principio el tenor literal del precepto no parece que pueda suponer un obstáculo insalvable para autorizar esta modalidad de libertad condicional.

La Secretaria General IIPP en las observaciones al Anteproyecto de reforma del Código Penal del año 2010, hizo referencia a la necesidad de incluir el art. 197 RP en este código dentro de la sección 3º del Capítulo III dedicada a la libertad condicional, ampliando la expresión “penados extranjeros”, sin más¹⁰⁷⁵. Estamos de acuerdo con dicha propuesta porque con ella se daba cobertura legal a la libertad condicional de los extranjeros, pero también consideramos que en dicha reforma se debería prever la posibilidad de la libertad condicional de los extranjeros con residencia legal y de los españoles que residan en el extranjero.

Como bien dice la Administración penitenciaria de Cataluña en su Circular 1/2011 sobre extranjería, en la cual se recoge, entre otros asuntos, que es necesario prever mecanismos necesarios para garantizar, que una vez autorizada este tipo de libertad condicional, el penado abandone el territorio español y llegue a su destino, para ello se ha de comprobar que ha llegado allí.

El control y seguimiento de estos casos de libertad condicional queda sujeto a los convenios que puedan existir al

¹⁰⁷⁵ GARCÍA GARCÍA, J., “Extranjeros en prisión y medidas repatriativas”, Jornadas de ATIP *Nuevas realidades penales y penitenciarias: los retos en u escenario de cambios*, Almagro, 2010, pág. 78

efecto, mas en la práctica, ante su falta, viene a convertirse en una expulsión consentida. Señalar al efecto que el Convenio del Consejo de Europa de 30 de noviembre de 1964, *relativo a la vigilancia de las personas con condenas en suspenso o en libertad condicional*, ha sido ratificado —con numerosas reservas— por solo doce estados miembros, del que España no es parte. Desde el prisma resocializador resulta coherente que se permita cumplir el periodo de libertad condicional en el lugar de residencia de la persona condenada, donde sus circunstancias personales y sociales, serán, por lo general, más favorables de cara a su reinserción.

En el marco de la Unión Europea, ha de citarse la Decisión Marco 2008/947/JAI del Consejo de 27 de noviembre de 2008, *relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas*, que en el futuro va a implicar un seguimiento en los Estados miembros de las situaciones de libertad condicional similar al que existe respecto de las libertades condicionales en el propio país.

Esta Decisión Marco tiene por objeto (art. 1) facilitar la reinserción social de la persona condenada, mejorar la protección de las víctimas y del público en general y facilitar la aplicación de medidas de libertad vigilada y penas sustitutivas adecuadas en el caso de las personas condenadas que no vivan en el Estado de condena. Dentro del concepto de libertad vigilada queda comprendido el de libertad condicional (art. 2). Como características de la nueva regulación destacar¹⁰⁷⁶:

— La Autoridad del Estado de ejecución no ha de ser necesariamente judicial, siempre y cuando según la normativa de tal país dicha Autoridad tenga esa competencia en sus procedimientos nacionales (art. 3.2).

¹⁰⁷⁶ DE MARCOS MADRUGA, F., “Una aproximación al...”, *op. cit.*, págs. 13-16

— Es preciso que sea instado por el interesado y que dicha solicitud sea admitida por el Estado de destino (art. 5.2).

— Una vez aceptada por el Estado de ejecución la misma, cesa la competencia del Estado emisor (art. 7.1).

— En principio corresponde al Estado de ejecución la toma de las decisiones ulteriores, incluso, salvo que haya hecho la correspondiente declaración, la revocación para el caso de incumplimiento de las condiciones (arts. 7.2 y 14.3). Tales decisiones se comunican al estado de emisión.

— Se establece un amplio catálogo de delitos al que es aplicable, sin necesidad de comprobar la doble tipificación, pero siendo preciso que tales infracciones estén castigadas en el Estado miembro de emisión con pena privativa de libertad o medida de privación de libertad de un máximo de al menos tres años (art. 10).

— La vigilancia y la ejecución de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas se regirán por el Derecho del Estado de ejecución (art. 13).

Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para el cumplimiento de la presente Decisión Marco a más tardar el 6 de diciembre de 2011.

No obstante todo lo dicho sobre el disfrute de la libertad condicional en el país de origen de los extranjeros no residentes legalmente en España, la Circular 5/2011, de 2 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado establece que los Fiscales se deben oponer a que la expulsión sustitutiva parcial sea acordada por el JVP como regla de conducta de la libertad condicional, pues la ley es clara al atribuir directamente la competencia Juez o Tribunal sentenciador. Por tanto, volvemos a insistir en la falta de cobertura legal de este tipo de libertad condicional al estar sólo regulada en el Reglamento Penitenciario, por lo cual debería ser suprimida del mismo para no atentar contra la jerarquía normativa, o bien ser incluida en el Código Penal como una nueva modalidad de libertad condicional, recordemos que esta última solución ya fue adoptada respecto a la libertad condicional de enfermos muy graves e incurables que sólo

estaba regulada en el art. 60 del Reglamento de 1981, y que fue incluida en el Código Penal de 1995.

Para finalizar hemos de insistir que no tiene nada que ver la sustitución de la pena por la expulsión cuando se han cumplido las tres cuartas partes de la misma (art. 89.5 CP) con la libertad condicional para disfrutar en el país de origen del extranjero no residente legalmente en España (art. 197 RP).

5. Extradición y clasificación penitenciaria

Si la persona reclamada para ser extraditada se encontrara sometida a procedimiento o condena por los Tribunales españoles o sancionada por cualquier otra clase de organismos o autoridades nacionales, la entrega podrá aplazarse hasta que deje extinguidas sus responsabilidades en España o efectuarse temporal o definitivamente en las condiciones que se fijen de acuerdo con el Estado requirente.

Este último supuesto es el que mayor incidencia tiene en el ámbito penitenciario, por cuanto que con frecuencia la persona a extraditar se encuentra cumpliendo condena en nuestro país y, por tanto, sometida al sistema general de ejecución penitenciaria.

Durante el procedimiento de extradición, que se divide en dos fases una judicial y otra gubernativa, habrá de estarse a lo que dispongan los órganos jurisdiccionales; si se ha decretado la prisión provisional del reclamado deberá procederse según determina el art. 104. 1 ó 2 RP:

“1. Cuando un penado tuviese además pendiente una o varias causas en situación de preventivo, no se formulará propuesta de clasificación inicial mientras dure esta situación procesal.

2. Si un penado estuviese ya clasificado y le fuera decretada prisión preventiva por otra u otras causas, quedará sin efecto dicha clasificación, dando cuenta al Centro Directivo”.

Sin embargo, una vez decidida la entrega de la persona reclamada puede darse la circunstancia de que continúe en prisión provisional o puede que, habiendo transcurrido los plazos máximos de la misma, ya no se encuentre en esa situación.

En el primer supuesto, a efectos penitenciarios, la situación continuaría siendo la apuntada con anterioridad (no clasificado o “desclasificado” por tener una causa en preventiva) porque el tener decretada prisión provisional impide el estar clasificado, en relación con este tema la Sentencia 72/2000, de 13 de marzo del Tribunal Constitucional establece: *"En efecto, el mantenimiento de la situación de prisión provisional a efectos de extradición durante todo el tiempo que dure el cumplimiento de la condena, y por ende se encuentre suspendida la entrega del extraditado, incide en su situación penitenciaria como penado, de forma que no puede ser clasificado o se suspende la clasificación (art.104.1 y 2 del Reglamento Penitenciario), lo que implica que no pueda acceder a determinados beneficios penitenciarios, como permisos de salida (art. 154 y 159 RP), acceder al régimen abierto, porque se requiere para ello estar clasificado en tercer grado, ni obtener la libertad condicional (art. 192 y ss. RP)".*

En el segundo supuesto, una vez decretada la libertad provisional por la causa por la que se ha solicitado la extradición, en *sensus contrari*, no habría inconveniente legal para proceder a la clasificación penitenciaria del interno como acabamos de ver en la sentencia citada.

Si la clasificación fuese en tercer grado, debe comunicarse la resolución de al Fiscal de Vigilancia Penitenciaria según ordena el art. 107 RP, y si esta clasificación supusiera el pase a régimen abierto debe ponerse en conocimiento del órgano judicial de la Audiencia Nacional que esté conociendo de la extradición.

Un caso especial lo plantean también los internos que cumpliendo una condena están sometidos a un expediente de extradición en los que se ha decretado la prisión provisional. Pese a que la responsabilidad preventiva en principio impediría

la clasificación en régimen de semilibertad, los Jueces de Vigilancia vienen admitiendo el acceso al tercer grado para cumplimentar el requisito necesario para incoar y aprobar la libertad condicional sometida en su ejecución a la entrega del Estado reclamante.

Muy relacionado con este tema en la XIII Reunión de Jueces de Vigilancia celebrada en Valencia en Marzo de 2004 se aprobó por unanimidad que: *“El Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria es competente para conocer de todos los asuntos penitenciarios relativos a internos, penados o preventivos, que tengan algún asunto pendiente competencia de la Audiencia Nacional, incluyendo los procedimientos de extradición pasiva y euroorden “*. Todo ello en base a que la LO 5/2003, de 27 de mayo, en su artículo tercero, crea y regula la competencia del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, al introducir un nuevo apartado 4 en el artículo 94 de la LOPJ (actual apartado 5). Fija la competencia, diciendo que el Juzgado Central tendrá las funciones jurisdiccionales previstas en la LOGP, descritas en el apartado 1 de este artículo, y demás que señale la ley, *en relación con los delitos competencia de la Audiencia Nacional*, competencia que a continuación declara exclusiva y excluyente.

Una interpretación teleológica y contextual de la norma lleva a entender, de un lado, que la competencia se extiende a todos los internos, *penados o preventivos*, y, de otro, a *todos los asuntos penales* competencia de la Audiencia Nacional. Lo primero, porque lo contrario supondría volver a disociar la resolución de las cuestiones penitenciarias competencia de los Juzgados Centrales de Instrucción o de la Sala de lo Penal, que decretaron la medida cautelar o a cuya disposición está el preso preventivo (singularmente, las referidas a salidas), del resto de las cuestiones penitenciarias que pueden afectar a éste (limitaciones regimentales, comunicaciones, aplicación del régimen del art.10 LOGP, etc.) cuyo conocimiento correspondería al Juez territorialmente competente en razón de la ubicación del establecimiento penitenciario donde esté interno el preventivo. Interpretación, ésta, opuesta a la intención declarada del legislador.

Lo segundo, porque, en la misma línea interpretativa, tiene poco sentido que se excluya del control de la Audiencia Nacional a los internos por asuntos de cooperación jurídica internacional (extradiciones, euroorden, etc.) que ostenten la condición de penado por otra causa. Ello podría dar lugar a efectos perjudiciales para el preso, por ejemplo, forzando prisiones preventivas instrumentales de los reclamados internacionalmente, a los solos fines de tener control sobre el devenir penitenciario del reclamado, con las consecuencias tratamentales y de régimen inherentes a la condición de preventivo.

En el caso de que fuera procedente que esta clasificación fuera en tercer grado, podría plantearse la posibilidad de disfrute de la libertad condicional, ordinaria o anticipada, en su país de residencia, conforme a lo establecido en el art. 197.1 RP, adelantando así la entrega. Podrá utilizarse este procedimiento siempre que el país al que haya de ser extraditado y el de residencia sea el mismo, el JVP la apruebe y la Audiencia Nacional, a la que habrá de comunicarse, no tenga inconveniente, y no se produzca la excarcelación sino la entrega a los órganos competentes de la policía en la fecha que se señale para su traslado al país requirente. Si bien aquí debemos señalar la falta de cobertura legal de este artículo.

En todo caso, con independencia de la clasificación en uno u otro grado de tratamiento, el penado para disfrutar de permisos de salida habrá que solicitar autorización previa a la Audiencia Nacional.

Por último, citar la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional 5/1998, de 12 de enero de 1998, dictada en recurso de amparo 286/1997, contra Auto de la Sala Tercera de la Audiencia Nacional que, en apelación, decretó la prisión provisional del recurrente incurso en expediente de extradición, por supuesta vulneración del derecho a la libertad personal (B. O. E. núm. 37, de 12 de febrero de 1998). Se desestima el recurso, argumentando, entre otros, en el fundamento jurídico 4, la diferencia existente entre la privación cautelar de la libertad en estos casos con la que cabe acordar en el proceso penal,

destacando que se produce en un proceso dirigido exclusivamente a resolver sobre la petición de auxilio jurisdiccional internacional en que la extradición consiste y se dirige exclusivamente a *evitar la fuga* del sometido a la misma. Con lo cual habrá que valorar en cada caso de forma individualizada la posibilidad de que el penado disfrute de permisos o régimen abierto adoptando para ello las medidas oportunas que garanticen la entrega del extraditado. Estas medidas podrán ser policiales y decretadas por la Audiencia Nacional.

La Instr. 18/2005 indica que la prisión preventiva por un procedimiento de extradición no tiene “*strictu sensu*” la misma naturaleza jurídica que la prisión provisional establecida en el procedimiento penal, tal como establece la doctrina del Tribunal Constitucional -Sentencias 5/1998, de 12 de enero, y 72/2000, de 13 de marzo-: *A los expedientes de extradición no le son aplicables en bloque las normas materiales y procesales sobre la prisión provisional prevista en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En consecuencia, hasta tanto pueda hacerse efectiva la extradición acordada por la Audiencia Nacional, el interno puede cumplir las causas penadas por Tribunales españoles de conformidad con el sistema de grados establecido en el artículo 72.1 de la LOGP, y las Juntas de Tratamiento procederán a proponer la clasificación que corresponda.*

Ordena la Instr. 18/2005 que con independencia de ello, deberán adoptarse todas las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de la resolución de extradición y evitar cualquier situación o salida que pudiera poner en riesgo la misma. Lógicamente, para cualquier eventual salida o permiso del interno deberá solicitarse autorización previa al órgano judicial que tiene decretada la prisión provisional en la causa de extradición. En este mismo sentido se pronuncia la Administración penitenciaria de Cataluña su Circular 1/2011 sobre extranjería.

CAPÍTULO VI: PROCEDIMIENTO DE CLASIFICACIÓN

A. CLASIFICACIÓN INICIAL

El proceso que concluye con la asignación inicial o variación del grado de clasificación pasa por varias etapas en las que intervienen órganos diferentes (administrativos y judiciales) en las que caben posibilidades distintas de impugnación. Antes de comenzar, hemos de tener en cuenta que el art. 104 RP ordena que cuando un penado tenga además pendiente una o varias causas en situación de preventivo (decretada prisión provisional), no se formulará propuesta de clasificación inicial mientras dure esta situación procesal¹⁰⁷⁷. Este criterio es lógico puesto que no sirve de nada clasificar a un interno que no podrá disfrutar de permisos, régimen abierto, etc., al tener decretada prisión provisional. De hecho el Reglamento de 1981 permitía la clasificación de penados con causas en situación de prisión preventiva y no servía para nada, por lo que consideramos acertada esta reforma. Como bien dice, **Juanatey Dorado**¹⁰⁷⁸ lo que se pretende con esta medida es evitar la clasificación del interno en una situación de incertidumbre. El problema es que, como contrapartida, esta medida impide al penado la posibilidad de obtener un régimen de semilibertad o de libertad condicional, y en la práctica se les deniegan los permisos de salida. Esto es, se trata de penados, pero sujetos a limitaciones propias de los sometidos a una medida cautelar. Por ello opina que lo más razonable sería eliminar esta restricción objetiva, debiéndose los órganos administrativos y judiciales quienes valorasen en cada caso, en función de las circunstancias específicas, la clasificación penitenciaria, la concesión de permisos, etc y, en

¹⁰⁷⁷ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., y NISTAL BURÓN, J., *Manual de...*, op. cit., págs. 360 y 362

¹⁰⁷⁸ JUANATEY DORADO, C., *Manual de...*, op. cit., págs. 125-126

su caso, la revisión de la clasificación del interno. Nosotros discrepamos puesto que la medida cautelar de prisión provisional le va impedir acceder tanto a permisos, a régimen abierto y a libertad condicional generando mayor ansiedad en el interno que creyendo que puede acceder a estos beneficios cuando realmente no los va alcanzar hasta que pase a penado.

Según lo dispuesto en el art. 104.2 RP si a un penado que estuviese ya clasificado y le fuera decretada prisión provisional por otra u otras causas, quedará sin efecto dicha clasificación, dando cuenta a la SGIIPP. Esto mismo es lo establecido en la Inst. 9/2007, no obstante, decía la Inst. 20/96 que cuando el interno se encuentre en libertad condicional e ingrese con una responsabilidad preventiva, no se efectuará acuerdo de suspensión hasta que el JVP dicte acuerdo de revocación, pero esta última situación no ha sido recogida en la Inst. 9/2007. Está claro que no tiene sentido la clasificación al tener decreta prisión preventiva, pero si hay causas pendientes sin haberse decretado prisión preventiva, la clasificación no varía¹⁰⁷⁹. También, según la Inst. 9/2007, se dejará sin efecto la clasificación de aquellos penados que, por así disponerse en la correspondiente ejecutoria y de conformidad con lo previsto en el art. 99 CP, pasen a cumplir medida de seguridad privativa de libertad.

El proceso de clasificación inicial pasa por cinco fases.

1. Recogida de información y elaboración de estudios.

Viene regulada en los arts. 63 y 64.1. LOGP y tanto si el interno se encontraba en el centro como preventivo como si ingresa directamente en calidad de penado se recogen los datos relativos a las variables de clasificación a través del análisis documental, las entrevistas y la observación del comportamiento. Cuando pasa a penado o si ingresó directamente como penado, a la información anterior se añaden

¹⁰⁷⁹ RACIONERO CARMONA, F., *Derecho Penitenciario y...*, *op. cit.*, pág. 142

los estudios de carácter científico que obviamente necesitan contar con el consentimiento del interno afectado.

Esta labor recae en el Equipo Técnico, formado por Juristas, Psicólogos, Educadores, Trabajadores Sociales, etc.; y se inicia tanto en el caso de preventivos como de penados, desde el mismo momento del ingreso a tenor de lo dispuesto en el art. 20 RP que introduce los *modelos de intervención* establecidos para los preventivos, que permiten que éstos comiencen desde su ingreso en prisión preventiva a participar en programas (drogodependencias, control de la ira, etc.) lo que les puede ayudar a superar sus carencias y al pasar a penados les puede favorecer para su clasificación o pronta progresión a tercer grado.

El hecho de que el interno rechace el tratamiento no supone que no se le pueda clasificar, en estos casos la clasificación inicial se realizará mediante la observación directa del comportamiento y los informes pertinentes del personal penitenciario de los Equipos Técnicos que tengan relación con el interno (Profesores, Encargados de Módulo, Monitores de actividades etc.), así como la utilización de datos documentales existentes. Ello no quiere decir que respecto de estos internos la clasificación dependa exclusivamente de criterios objetivo-formales dentro del esquema de un sistema progresivo clásico, sino únicamente que en la valoración de la personalidad (sobre la que gira la asignación de grado) los canales a utilizar son limitados.

El tratamiento es, por principio y parece que también por disposición legal, voluntario. A esa conclusión se llegó finalmente no sin fuerte resistencia de los partidarios de su carácter obligatorio.

En el art. 48 Reglamento de los Servicios de Prisiones la progresión dependía de la “conducta activa del interno” y su art. 106.1 b) incluía entre sus deberes “aceptar el tratamiento penitenciario con arreglo a las técnicas y métodos que le sean prescritas en función del diagnóstico individualizado”. La obligatoriedad era, pues, evidente, y la resistencia al tratamiento podía conllevar la correspondiente sanción disciplinaria.

El panorama varía, aunque sin la claridad exigible, en 1979. Según el art. 4.2 LOGP, situado en su Título Preliminar, “se procurará fomentar la colaboración de los internos en el tratamiento penitenciario con arreglo a las técnicas y métodos que les sean prescritos en función del diagnóstico individualizado”. Luego el art. 61 es más explícito: “1. *Se fomentará que el interno participe en la planificación y ejecución de su tratamiento y colaborará para, en el futuro, ser capaz de llevar, con conciencia social, una vida sin delitos.*

2. *Serán estimulados, en cuanto sea posible, el interés y la colaboración de los internos en su propio tratamiento. La satisfacción de sus intereses personales será tomada en cuenta en la medida compatible con las finalidades del mismo”.*

El art. 239.3 Reglamento Penitenciario de 1981 disponía que: “*El interno podrá rechazar libremente o no colaborar en la realización de cualquier técnica de estudio de su personalidad o método de tratamiento, sin que ello tenga consecuencias disciplinarias, regimentales, ni de regresión de grado de tratamiento.*”

El texto se repite en el art. 112.3 del Reglamento de 1996. La previsión del rechazo a la realización de cualquier técnica, y no al tratamiento como tal, revela una última resistencia a la voluntariedad del tratamiento mismo.

La verdad es que la LOGP carece de un sistema alternativo para quien rechaza el tratamiento. Todas sus disposiciones se refieren al tratamiento y a la clasificación del penado. Así el art. 72.1: “*Las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional, conforme determina el Código Penal.*”

El art. 100 Reglamento de 1996 es otro botón de muestra: “tras el ingreso los penados deberán ser clasificados en grados”. Y su art. 112.4 reza así: “*En los casos a que se refiere el apartado anterior, la clasificación inicial y las posteriores revisiones de la misma se realizarán mediante la observación directa del comportamiento y los informes pertinentes del*

personal penitenciario de los Equipos Técnicos que tenga relación con el interno, así como utilizando los datos documentales existentes.”

Con otras palabras, aunque el interno no colabore, se le clasificará con los datos de que se disponga, también mediante su observación, conforme al criterio recogido en el art. 63 LOGP.

El fomento de la colaboración no deja de ser, por su parte, una coacción indirecta que enlaza con los beneficios penitenciarios. El adelantamiento de la libertad condicional presupone el desarrollo de “actitudes laborales, culturales o institucionales” (art. 205 Reglamento de 1996), pero el indulto particular exige la “participación en las actividades de reeducación y reinserción social” (art. 206.1 c).

El art. 106.4 RP regula la posibilidad de que un penado no participe en la realización del programa individualizado de tratamiento aprobado por la Junta de Tratamiento cuando ésta realiza la clasificación inicial o revisa la misma. El penado puede elegir libremente si quiere o no realizar el programa del tratamiento penitenciario que se le asigne. Existen garantías jurídicas que permiten al interno recurrir contra la imposición del tratamiento. En la legislación española el tratamiento no se configura como un deber, sino como un derecho y así viene recogido en el art. 4.2.d RP al establecer el “Derecho de los penados al tratamiento penitenciario y a las medidas que se le programen para el buen éxito del mismo”. El art. 4.2 LOGP determina: “*Se procurará fomentar la colaboración de los internos en el tratamiento penitenciario con arreglo a las técnicas y métodos que les sean prescritos en función del diagnóstico individualizado*”. Esta misma idea viene desarrollada con más detalle en el artículo 61 de la misma Ley: “Se fomentará que el interno participe en la planificación y ejecución de su tratamiento y colaborará para en el futuro, ser capaz de llevar, con conciencia social, una vida sin delitos. Serán estimulados, en cuanto sea posible, el interés y la colaboración de los internos en su propio tratamiento. La satisfacción de sus intereses personales será tenida en cuenta en

la medida que sea compatible con las finalidades del mismo”. El art. 112 RP recoge esta misma idea: “*Se estimulará la participación del interno en la planificación y ejecución de su tratamiento...*”. Para ello, el Equipo Técnico encargado le informará de los objetivos a alcanzar durante el internamiento y los medios y plazos más adecuados para conseguirlos. Pero está claro que el interno podrá rechazar libremente o no colaborar en la realización de cualquier técnica de estudio de su personalidad, sin que ello suponga consecuencias disciplinarias, regimentales ni de regresión de grado.

Así pues, como vemos, el tratamiento no puede ser impuesto coactivamente, lo que se pretende es intentar que el interno participe y colabore en el mismo, una vez que éste lo ha aceptado voluntariamente. El tratamiento no puede ser soportado por el interno de forma pasiva pues si esto es así pierde toda su eficacia. Por ejemplo, no podemos imaginarnos a un toxicómano que quiera abandonar el consumo de drogas y que no colabore en su programa desintoxicación y deshabituación. Por tanto, lo que se hace es ofertar al penado “*oportunidades*” para su resocialización, es decir, se trata de ampliar sus posibilidades para que cuando salga en libertad no se vea obligado a reincidir pues se le facilitan recursos psicosociales para buscar tipos de vidas alternativas a la delincuencia. Estas posibilidades para su resocialización deben ser ofertadas, como un servicio público más, por parte de la Administración Penitenciaria. Según el preámbulo de la LOGP “*el tratamiento es una puesta a disposición del interno de los elementos necesarios para ayudarle a vivir fecundamente en libertad*”.

Por todo ello, cuando el interno no participe en un programa individualizado de tratamiento, la valoración de su evolución se realizará mediante la observación directa del comportamiento y los informes pertinentes del personal penitenciario de los Equipos Técnicos que tenga relación con el interno, así como utilizando los datos documentales existentes, salvo cuando la Junta de Tratamiento haya podido efectuar una valoración de la integración social del interno por otros medios legítimos (art. 106.4 en relación con el 112 RP). La realidad, sin

embargo, es que son pocos los internos que expresamente rechazan el tratamiento penitenciario. Pueden no colaborar y no participar en ningún tipo de actividad, pero sin que hagan una declaración expresa de renuncia al tratamiento¹⁰⁸⁰. Sólo suelen rechazarlo y muchas veces no formalmente, los condenas por delitos de terrorismo, sexuales y violencia de género.

Sobre el marco temporal en el que se desarrolla esta fase, el Reglamento Penitenciario establece en su art. 103.2 un plazo máximo de dos meses desde la recepción del testimonio de sentencia para formular la propuesta. En relación con el mismo hay que decir que por lo general no se agota pues si el interno estaba preventivo los datos ya estarán recogidos y si se trata de ingreso como penado tal labor se habrá realizado al ingreso, por lo que sólo restarían los estudios científicos, básicamente de personalidad, que antes no se llevaron a cabo en base a la presunción de inocencia (art. 64.1 LOGP). Como bien dice **Manzanares Samaniego**, puede suceder que esta fijación encubierta de límites temporales (de los dos meses que establece el RP pero no la LOGP, añadido nuestro) al tercer grado sea injustamente gravosa en algunos supuestos, como el de quien padeció larga prisión provisional y fue suficientemente observado¹⁰⁸¹.

En esta materia interesa destacar que lo exigible es el testimonio de sentencia y no la liquidación de condena, con independencia que en algún caso concreto este dato sea muy conveniente conocerlo pues puede influir en la clasificación en tercer grado si las fechas de cumplimiento son próximas. Es importante recabar del órgano sentenciador la remisión del testimonio de sentencia a la mayor brevedad para evitar los perjuicios de la no clasificación. Un problema particular presentan los supuestos en que la misma causa existan otros condenados que han recurrido la sentencia. La normativa correspondiente de la LECrim permite al que renuncia al recurso

¹⁰⁸⁰ JUANATEY DORADO, C., *Manual de...*, op. cit., pág. 130

¹⁰⁸¹ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Suspensión...*, op. cit., pág. 226

que para él devenga firme y se incoe el título ejecutivo clasificación.

Respecto a la obligación de cumplir este plazo, en las reuniones de los Jueces de Vigilancia se aprobó que la: "Formulación de las propuestas de clasificación inicial dentro del plazo reglamentario (dos meses), sin que causa alguna (por ejemplo, previsible llegada de una nueva sentencia) pueda hacer incumplir este plazo".

2. Propuesta de asignación de grado.

Una vez recogida la información y evacuados los estudios-informes individuales por los integrantes del Equipo Técnico el asunto pasa a la Junta de Tratamiento (cuya composición y funciones se recogen en los arts. 272 y 273 RP) que es el órgano competente para formular una propuesta de clasificación ponderando las variables antes citadas. El procedimiento de clasificación inicial viene regulado en el art. 103 RP donde se determina que: "*La propuesta de clasificación inicial penitenciaria se formulará por las Juntas de Tratamiento, previo estudio del interno*".

La propuesta se formula en un ejemplar normalizado que contiene los datos necesarios de las variables sobre las que opera la clasificación: situación penal y penitenciaria, valoración de su proceso de socialización y su personalidad, valoración sobre el entorno social de referencia, apoyos y obstáculos, así valoración de la conducta global del interno durante su estancia en el centro. Este modelo normalizado es aprobado en cada momento por la SG IIPP (art. 103.2 RP).

El Reglamento de 1996 introdujo como novedad una precaución que afecta a la materia que analizamos; establece el art. 6 RP: "*Ninguna decisión de la Administración Penitenciaria que implique la apreciación del comportamiento humano de los reclusos podrá fundamentarse, exclusivamente, en un tratamiento automatizado de datos o informaciones que ofrezcan una definición del perfil o de la personalidad del interno*". Este artículo es lo suficientemente claro, es necesaria

la fundamentación de la propuesta explicitando el discurso partiendo de los datos recogidos.

El protocolo de clasificación contendrá, además la propuesta razonada de grado, el programa individual de tratamiento (PIT) en el que se de cobertura a las necesidades y carencias del interno señalándose expresamente los destinos, actividades, programas educativos, trabajo, actividades ocupacionales o de otro tipo que deba seguir (art. 103.3 RP). Todo ello tiene una importancia fundamental pues las posteriores revisiones de grado deberán tener en cuenta la evolución del penado dentro de las actividades señaladas. El modelo normalizado aprobado por el Centro Directivo¹⁰⁸² está regulado en la Inst. 9/2007, cumpliendo con ello lo que establece en el párrafo 3 del art. 103: “El protocolo de clasificación penitenciaria contendrá la propuesta razonada de grado y el programa individualizado de tratamiento, en el que se dará cobertura a las necesidades y carencias detectadas en el interno en los ámbitos señalados en el art. 20. 2 de este Reglamento (ocupación laboral, formación cultural y profesional, aplicación de medidas de ayuda, tratamiento y las que hubieran de tenerse en cuenta para el momento de la liberación). En el programa se señalarán expresamente los destinos, actividades, programas educativos, trabajo y actividades ocupacionales o de otro tipo que deba seguir el interno”.

Dicho modelo unificado, introducido por la Inst. 20/96, y reformado por la Inst. 9/2007, se adapta a los diferentes supuestos, con la incorporación de documentación anexa, que de forma preceptiva o por iniciativa de las Juntas de Tratamiento, integran la propuesta.

¹⁰⁸² FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., *Manual de..., op. cit.*, pág. 360: “Centro Directivo es el órgano administrativo que toma la decisión final acerca de la clasificación penitenciario del interno, o de su progresión o regresión, previa propuesta de la Junta de Tratamiento del respectivo Centro penitenciario...”.

En consecuencia, la instrucción antes citada, recoge los diferentes modelos según el grado de clasificación inicial propuesto.

1. En todos los casos, además de la cumplimentación de la propuesta de clasificación y destino (PCD), se remitirá:

- Copia de Hechos probados
- Informe Inicial del Educador
- Informe psicológico

1. Clasificación en 1º grado:

- Informe médico con diagnóstico
- Informe psicológico

2. Clasificación en 3º grado (art. 83 RP):

- Informe social

3. Clasificación en 3º grado (art. 86.4 R):

- Modelo de aplicación del art. 86.4
- Informe social
- Compromiso del interno

4. Clasificación en 3º grado (art. 104.4 RP):

- Informe médico con diagnóstico y pronóstico
- Informe social con acogida postpenitenciaria

5. Clasificación en 3º grado (art. 165 RP):

- Modelo de aplicación del art. 165

6. Clasificación en 3º grado (art. 182 RP):

- Modelo de aplicación del art. 182
- Informe social en su caso

7. Clasificación en 3º grado (art. 197 RP):

-Compromiso de cumplimiento de Libertad Condicional en el país de residencia.

-Informe social de vinculación

La Junta de Tratamiento, reunida formalmente en sesión, adoptará el acuerdo de proponer al Centro Directivo la clasificación del penado en un determinado grado. Dicha propuesta se debe cursar al Centro Directivo en el plazo máximo de diez días desde la fecha de la sesión. El art. 273.d) del RP establece entre las funciones de la Junta de Tratamiento: *“Formular, en función del estudio científico de la personalidad de los penados y de los datos e informaciones de que se disponga, las propuestas razonadas de grado inicial de clasificación y destino al Establecimiento que corresponda, que se cursarán al Centro Directivo en el plazo de diez días”*.

3. Resolución de la propuesta y su motivación.

La competencia para resolver la propuesta de clasificación es de la SGIIPP y debe dictarse en el plazo máximo de dos meses desde su recepción. No obstante al amparo del art. 103.6 RP, según la Inst. 9/2007 se podrá acordar la ampliación de aquel plazo hasta un máximo de dos meses más para la mejor observación de conducta y consolidación de factores positivos. Cuando el Centro Directivo acuerde la ampliación del plazo de resolución hasta un máximo de dos meses más, lo hará de forma escrita, que será comunicada al interno con la con expresión de su derecho a recurrir ante el JVP. Durante este plazo por el Equipo Técnico del establecimiento se adoptará un especial seguimiento sobre la evolución del interno, encaminado al logro de la mejor observación sobre su conducta, informando y facilitando al Centro Directivo los informes preceptivos solicitados y cuantos datos se consideren necesarios para decidir la resolución de clasificación.

Es requisito imprescindible la motivación de las clasificaciones como resoluciones administrativas que son, éste aparece recogido en el art. 54 de la Ley 30/92, dentro del Capítulo destinado a los requisitos de los actos administrativos. La jurisprudencia ha definido la motivación como la

exteriorización de las razones que sirvieron de justificación, de fundamento, a la decisión jurídica contenida en el acto, como necesaria para conocer la voluntad de la administración, tanto en cuanto a la defensa del particular, que por omitirse las razones se verá privado o, al menos, limitado en sus medios y argumentos de defensa, como respecto al posible control jurisdiccional si se recurre contra el acto (Sentencia del Tribunal Supremo 15 de octubre de 1981). La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1990, “La motivación del acto administrativo cumple diferentes, funciones. Ante todo y desde el punto de vista interno, viene a asegurar la formación de la voluntad de la Administración. Pero en el terreno formal - exteriorización de los fundamentos por cuya virtud se dicta un acto administrativo- no es sólo una cortesía sino que constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso el acto administrativo con posibilidad de criticar las bases en que se funda, además y en último término, la administración facilita el control jurisdiccional de la Administración- art. 106.1 de la Constitución Española- que sobre su base podrá desarrollarse con conocimiento de todos los datos necesarios. La falta de motivación o la motivación defectuosa puede integrar un vicio de anulabilidad o una mera irregularidad no invalidante: el deslinde de ambos supuestos se ha de hacer indagando si realmente ha existido una ignorancia de los motivos que fundan la actuación administrativa y si por tanto, se ha producido o no la indefensión del administrado –art. 48.2 LPA-. En esta línea hay también una constante jurisprudencia, como las Sentencias del Tribunal Supremo 14 de noviembre de 1986, 20 de febrero de 1987, 1 de octubre de 1988 y 3 de abril de 1990. ”La motivación ha de ser suficiente, esto es, ha de dar razón plena del proceso lógico STC de 17 de julio de 1981, o, como declara la Sentencia de 16 de junio de 1982, debe realizarse con la amplitud necesaria para el debido conocimiento de los interesados y su posterior defensa de derechos, por lo que la expresión legal “sucinta” no puede interpretarse en el sentido de que basta apuntar un principio de motivación. La STS de 15 de marzo de 2000 señala que el deber de motivación surge de la propia Constitución que proscribe la interdicción de la arbitrariedad (art. 9), motivación que será más exigible en

aquellos supuestos en que estén implicados intereses legítimos de personas, cuando resulten afectados por el acto, y resulta ineludible, al menos, en la resolución de los recursos administrativos.

La resolución debe dictarse de forma escrita y motivada, notificándose al interesado e indicándole en la misma la posibilidad de acudir en vía de recurso ante el JVP caso de no estar conforme con la misma. Respecto de la motivación hay que diferenciar tres casos:

Resolución de la SGIIPP clasificando en segundo o tercer grado conforme a la propuesta: la motivación se realiza con remisión a la propuesta realizada por la Junta de Tratamiento conforme determina en el art. 76.2.f).

Resolución de la SGIIPP que no es conforme a la propuesta: se debe motivar expresamente, puesto que no aprueba la propuesta de la Junta de Tratamiento. Según **Ríos Martín** esta situación resulta incoherente e ilegal puesto que es la Junta la que verdaderamente conoce al penado¹⁰⁸³. En estos casos los Jueces de Vigilancia suelen estimar los recursos contra las resoluciones de la SGIIPP (Auto JVP Alicante de 17 agosto 2000)¹⁰⁸⁴.

¹⁰⁸³ RÍOS MARTÍN, J. C. , *Manual de...*, *op. cit.*, pág. 107

¹⁰⁸⁴ Por ejemplo el Auto 6/99, de fecha 12-1-1999, del JVP nº 2 de Madrid en el Exp. 1480/98 destaca que: “Tras la propuesta nacida de la observación y el estudio del órgano que por así decirlo goza de intermediación –del contacto directo y personal del preso- (por utilizar un concepto ya pulido y claro de Derecho procesal) cual es la Junta de Tratamiento, la DGIIPP resuelve la clasificación en segundo grado en un impreso normalizado con la siguiente motivación: “De la valoración de las variables intervinientes en el proceso de clasificación penitenciaria enumeradas en el art. 102.2 RP se estima que éstas no concurren de manera favorablemente calificadas como exige el art. 104.3 para justificar, de momento, *una resolución en sentido contrario a la propuesta* por los siguientes motivos: “La gravedad del delito por la que cumple condena y el escaso tiempo de internamiento efectivo en prisión en relación con el total de la condena, hasta el punto de que todavía no ha superado la cuarta parte, son datos que aconsejan la asignación inicial a un régimen ordinario” (resolución de 27 de abril de 1998)...*Debe pues estimarse el recurso y acordarse la clasificación del interno en tercer grado*

Resolución de la SGIIPP clasificando en primer grado: en todo caso se debe motivar expresamente so pena de declararse la nulidad del acto administrativo (los Jueces de Vigilancia así lo requieren)

Existe un supuesto específico de propuesta de clasificación que no requiere la aprobación de la SGIIPP, regulado en el art. 103.7 RP, que establece que cuando se trata de penados con condenas de hasta un año de duración (siendo varias no puede exceder su suma del año), la propuesta de clasificación inicial formulada por la Junta de Tratamiento, adoptada por acuerdo unánime de sus miembros, tendrá la consideración de resolución a todos los efectos, salvo cuando se haya propuesto la clasificación en primer grado en cuyo caso

penitenciario en los términos propuestos por la Junta de Tratamiento del Centro”.

Otro ejemplo de este tipo de resoluciones contra la propuesta de la Junta de Tratamiento es el Auto del JVP de Málaga de fecha 11/11/10. En este caso el interno recurre en alzada la Resolución de la SGIIPP de fecha 1-9-10 que acuerda su clasificación en segundo grado cuando la Junta de Tratamiento le había propuesto el tercer grado. En este auto se indica que se trata de “un interno que ha obtenido la confianza institucional de los miembros de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Málaga pues, no en vano, ésta, en su sesión celebrada en fecha 12-8-10 propuso, por unanimidad, su clasificación inicial en tercer grado, propuesta rechazada por el Centro Directivo que resolvió clasificándole en segundo grado en base a un fundamento genérico sin entrar a rebatir los favorables informes psicológicos, sociales y penitenciarios elaborados por los miembros de la Junta de Tratamiento.

Ha de recordarse que los miembros de la Junta de Tratamiento son los que conocen y tratan directamente al interno y, este caso, han tenido ocasión de analizar y comprobar la evolución personal del interno, valorarla de forma positiva y concluir considerando procedente su clasificación inicial en tercer grado.... Pues bien, atendiendo a las circunstancias concurrentes expuestas, procede estimar el recurso de clasificación interpuesto por el interno, al que se ha adherido el Ministerio Fiscal, y refrendar judicialmente la propuesta elaborada por unanimidad por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Málaga de fecha 12-8-10 y, en consecuencia clasificar inicialmente en tercer grado al referido interno, por la vía del art. 82.1 RP, debiendo ser sometido a controles tóxicos y alcohol a fin de confirmar la abstinencia que mantiene”.

será siempre necesario la resolución de la SGIIPP. En estos casos el acuerdo unánime de la Junta de Tratamiento se notificará al interno que podrá ejercitar la impugnación ante el JVP. No obstante en cualquier caso la propuesta con carácter de resolución debe remitirse a la SGIIPP para su conocimiento¹⁰⁸⁵. Como bien dice, **Juanatey Dorado**¹⁰⁸⁶, la finalidad de esta medida es la de simplificar las cosas y evitar una tardanza excesiva en la clasificación en los casos de cumplimiento de penas privativas de libertad de corta duración.

Por tanto, no tendrán la consideración de resolución inicial y seguirán los trámites ordinarios:

-Clasificaciones en segundo o tercer grado por mayoría.

-Clasificaciones en primer grado sea por mayoría o por unanimidad.

En los casos en los que el acuerdo comporte cambio de centro de destino, ordena la Inst. 9/2007 que no se incluirá tal extremo en la resolución del Presidente de la Junta de Tratamiento, ni el traslado se hará efectivo hasta que no sea dispuesto por el Centro Directivo.

Según la Inst. 9/2007, las anteriores previsiones contenidas en el artículo 103.7 RP, no son de aplicación a los supuestos de progresión o regresión de grado, ni a los acuerdos de modalidades de tercer grado distintas de las de tercer grado pleno o tercer grado restringido. En tales supuestos, el tercer grado adquiere su eficacia desde el momento del acuerdo de la Junta, y la modalidad concreta (art. 182, 165 u 86.4 RP) una vez que se emita la correspondiente resolución de los Servicios Centrales, aplicando dicha modalidad. Tampoco pueden tener plenos efectos las propuestas de clasificación inicial de segundo grado con aplicación del principio de flexibilidad (art. 100.2 RP).

¹⁰⁸⁵ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., *Manual de...*, op. cit., pág. 362

¹⁰⁸⁶ JUANATEY DORADO, C., *Manual de...*, op. cit, pág. 125

Por lo que se refiere al cómputo del año, ante las dudas surgidas en su aplicación práctica, la Subdirección General de Gestión Penitenciaria determinó en escrito de 23 de abril de 1997, lo siguiente: *“Dado el valor temporal que es preciso tener en cuenta para determinar el cómputo de las penas de hasta un año de duración, en los supuestos de penas que vengan determinadas por meses, ha de entenderse que la duración de las mismas debe computarse multiplicando el número de meses por 30. En las condenas de hasta un año deben incluirse todas las penas privativas de libertad, no sólo las penas de prisión, sino también la responsabilidad penal subsidiaria por impago de multa y la pena de arresto de fin de semana, ésta sólo en el caso de que se cumpla de forma ininterrumpida y refundida con la pena de prisión o con la de responsabilidad subsidiaria”*.

Si después de esta clasificación denominada *ejecutiva*, le llegasen nuevas condenas al penado y entre todas superasen el año habrá que realizar una revisión de grado por parte de la Junta de Tratamiento¹⁰⁸⁷. Esta situación no está prevista en el 103.7 RP, aunque es razonable realizar esa revisión de grado ya que puede darse la circunstancia de que al penado le venga una nueva pena por delito grave. Por ejemplo: un interno está clasificado en tercer grado por un robo con fuerza y le llega una condena por homicidio o violación.

Nos parece oportuno referirnos al acuerdo de la XII reunión de Jueces de Vigilancia celebrada en enero de 2003 respecto a la Urgencia en la clasificación de condenados a penas privativas de libertad de corta duración para evitar la pérdida del disfrute de beneficios penitenciarios: *“A fin de evitar la pérdida de beneficios en las penas privativas de libertad de corta duración (menos graves y leves), se encarece la máxima agilización en el envío del testimonio de sentencia y liquidación de condena al establecimiento penitenciario por los Jueces o Tribunales sentenciadores, así como la tramitación con urgencia de la clasificación inicial y la progresión de grado*

¹⁰⁸⁷ En este sentido se pronuncian ARMENTA-GONZÁLEZ PALENZUELA, F. J. y RAMÍREZ RODRÍGUEZ, V., *op. cit.*, pág.208

para la concesión de la libertad condicional, cuando proceda, por parte de los órganos penitenciarios". También acordaron elevar al CGPJ la petición generalizada de que se dirijan a los Jueces y Tribunales sentenciadores de la jurisdicción de cada uno de los Juzgados de Vigilancia con el fin de requerir la remisión a los Centros Penitenciarios con la mayor urgencia posible de las liquidaciones de condenas de las penas cortas privativas de libertad. Así como solicitar de la SIIPP y de la Dirección General de Servicios Penitenciarios de Cataluña que adopten las medidas adecuadas en orden a la clasificación inmediata de estos internos.

Este acuerdo tiene un sentido muy importante puesto que la tardanza en remitir al Centro Penitenciario las liquidaciones de condena y posterior clasificación de internos condenados a penas de corta duración frustra con frecuencia todos los derechos y beneficios penitenciarios que pueda corresponder a aquéllos, concretamente permisos y el acceso a la libertad condicional, siendo habitual que estas penas se cumplan en su integridad en régimen ordinario a consecuencias de estos retrasos burocráticos en claro perjuicio con respecto a los condenados a penas largas que les da tiempo ha disfrutar de todas estas instituciones.

Hay que tener en cuenta que tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre de modificación del Código Penal, las penas de prisión pueden ser (desoyendo a la doctrina mayoritaria) desde tres meses, con lo cual es necesario tener muy presente el criterio de los Jueces de Vigilancia para evitar perjuicios al penado, si bien como ya sabemos la pena de hasta un año la clasificación puede ser ejecutiva según el art. 103.7 RP, pero no se debería agotar el plazo de los dos meses para realizar esa clasificación por los motivos indicados, pues sino la pena se cumplirá íntegramente sin disfrutar permisos, tercer grado y, mucho menos, libertad condicional que evidentemente no da tiempo ni a tramitarla debido a los muchos requisitos y largos plazos tanto administrativos como judiciales que conlleva.

La Inst. 2/2005 ordena que las Juntas de Tratamiento deberán tener en cuenta el cumplimiento del requisito establecido en el art. 72.5 de la LOGP (satisfacción de la responsabilidad civil) para los acuerdos de clasificación inicial en tercer grado de penados a condenas de hasta un año que tengan la consideración de resolución: *"No tendrán efectos ejecutivos los acuerdos de clasificación en tercer grado adoptados por las Juntas de Tratamiento sobre penados con condenas de hasta un año según el art. 103.7 del Reglamento Penitenciario, si existiere responsabilidad civil no satisfecha. En este caso, las propuestas se tramitarán conforme al procedimiento ordinario remitiéndolas, en su momento, a la SGIIPP"*. Es de destacar que la Inst. 9/2007 no se pronuncia para nada respecto a este requisito por lo cual entendemos que sigue vigente estando vigente lo ordenado por la Inst. 2/2005.

El art. 103.4 RP determina que: *"La resolución sobre la propuesta de clasificación penitenciaria se dictará, de forma escrita y motivada; por el Centro Directivo"*. Siguiendo a **Alarcón Bravo**¹⁰⁸⁸, podemos determinar que las características de la resolución de la clasificación penitenciaria son las siguientes:

-Es un *acto unilateral* (no contractual) que contiene una declaración de voluntad de la Administración. Es un acto no normativo, y es un acto singular, dirigido a un destinatario concreto, el penado clasificado.

-Es un *acto ampliatorio o restrictivo de derechos subjetivos del penado* pues, como hemos visto, cuanto mayor es el grado, más derechos tiene el interno.

-Es un *acto administrativo complejo* en el que intervienen diferentes órganos de la misma administración, desde la Junta de Tratamiento hasta el Secretario General de IIPP que firma las

¹⁰⁸⁸ ALARCÓN BRAVO, J., "Las resoluciones de tercer grado desde la publicación de la LOGP. *Revista de Estudios Penitenciarios*, N° 240, 1988, Madrid, pág. 16

resoluciones de grado o aquellos otros directivos en los que delega ésta.

-Es un *acto resolutorio y no de mero trámite*.

-Es un *acto técnico y multidisciplinar*. Ello no supone que sea un acto discrecional por cuanto la solución justa sólo puede ser una, se trata de un acto no reglado en el que lo importante es la solidez de los juicios técnicos sobre los que se sustenta la decisión. Estos juicios técnicos son elaborados por diferentes profesionales: juristas, psicólogos, educadores, trabajadores sociales, etc.

-Es un *acto expreso, escrito y motivado*. La resolución escrita de la SGIIPP es notificada al penado con indicación de los recursos posibles y órganos ante quien interponerlos. Por lo que se refiere a la motivación normalmente viene resumido un pequeño extracto de los informes previos aportados por los miembros de la Junta de Tratamiento, salvo en el supuesto en que el Centro Directivo¹⁰⁸⁹ de la Secretaría General difiera del sentido de la propuesta realizada, en cuyo caso deberá motivar expresamente este desacuerdo (como ya hemos visto). Esta situación se produce en pocos casos pero sobre todo cuando las propuestas son de primero o tercer grado.

-El *control judicial* de tales actos tiene lugar no ante los tribunales contenciosos-administrativos sino ante JVP, si bien cabe recurrir en apelación ante el juez o tribunal sentenciador

4. Notificación de la resolución de grado al interno.

La resolución de clasificación inicial se notificará al interno, haciéndole saber que contra la misma puede interponer

¹⁰⁸⁹ Recordamos que según FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., *Manual de...*, op. cit., pág. 360: “Centro Directivo es el órgano administrativo que toma la decisión final acerca de la clasificación penitenciario del interno, o de su progresión o regresión, previa propuesta de la Junta de Tratamiento del respectivo Centro penitenciario...”.

recurso ante el JVP conforme a lo establecido en el art. 76.2.f) de la LOGP como veremos al final de este capítulo.

5. Notificación al Ministerio Fiscal

En este punto hemos de dejar claro que sólo tienen capacidad procesal para recurrir las resoluciones de clasificación o revisión de grado el penado y/o su representante legal y el Ministerio Fiscal. La facultad de recurso del Ministerio Fiscal es general ante cualquier resolución de clasificación o revisión de grado, pero el art. 107 RP sólo se refiere a las clasificaciones iniciales o revisiones en tercer grado, ordenando que todas las resoluciones de clasificación inicial o progresión a tercer grado, adoptadas por el Centro Directivo o por acuerdo unánime de la Junta de Tratamiento, según lo previsto en el art. 103.7 (supuesto de condenas menores a un año), se notificarán, junto con el informe de la Junta de Tratamiento al Ministerio Fiscal dentro de los tres días hábiles siguientes a su adopción¹⁰⁹⁰. Está claro que esta notificación se realiza para que el Ministerio Fiscal pueda interponer recurso ante el JVP competente si no está de acuerdo con la resolución de la SGIIPP, si bien en la VII Reunión de Jueces de Vigilancia de 1993 se acordó que se debería notificar a los mismos las clasificaciones iniciales o progresiones a tercer grado. En la XII Reunión de Jueces de Vigilancia, celebrada en Enero 2003 se volvió a tratar este tema: *“Deben adoptarse las medidas adecuadas para que la Administración Penitenciaria ponga en conocimiento de los Jueces de Vigilancia, para su aprobación, y notifique a los Fiscales de Vigilancia Penitenciaria, en todo caso, los acuerdos de clasificación inicial en tercer grado de tratamiento penitenciario y los de progresión al mismo, a efectos de control de legalidad, si procediere, mediante la interposición del correspondiente recurso ante el Juez de Vigilancia competente,*

¹⁰⁹⁰ RODRÍGUEZ ALONSO, A. y RODRÍGUEZ AVILÉS, J. A. , *Lecciones...*, op. cit., pág. 67

debiendo esperarse a la firmeza de dicho acuerdo para la elevación al JVP del expediente de libertad condicional".

También acordaron proponer la reforma legal pertinente para que la concesión de tercer grado en todo caso a los reclusos, precise la aprobación de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, y asimismo que se regule la posibilidad de dejar sin efecto la clasificación en tercer grado cuando circunstancias posteriores así lo aconsejen: *"Ese control se considera absolutamente necesario puesto que, si la Ley Orgánica General Penitenciaria establece la competencia exclusiva de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria para el control de la ejecución de las penas no se entiende cómo por vía reglamentaria puede sustraerse al control del Juez de Vigilancia Penitenciaria una materia tan importante como es la clasificación en tercer grado, que administrativamente deja prácticamente sin contenido el fallo condenatorio"*¹⁰⁹¹. En similar sentido se pronuncia **Cervelló Donderis**¹⁰⁹² señalando que cualquier progresión o clasificación en tercer grado debería notificarse a los Juzgados de Vigilancia, criterio que compartimos totalmente.

Tras la reforma de la LO 7/2003 la situación cambió puesto que cuando las penas eran graves (superiores a cinco años), el JVP debía aprobar previamente el levantamiento del periodo de seguridad y la vuelta al régimen general si no se había cumplido la mitad de la pena, pero con la nueva modificación del art. 36.2 CP por la LO 5/2010 el periodo de seguridad sólo se aplicará en los supuestos indicados en el citado artículo y en aquellos casos que el Juez o Tribunal sentenciador entiendan que cabe su aplicación. Ahora bien, en los casos que la pena no sea grave o en los que siéndola no tenga aplicado el periodo de seguridad no es necesaria esa aprobación previa por el JVP, otra cosa es que se le comuniquen estas

¹⁰⁹¹ En la misma línea se manifiesta RÍOS MARTÍN, J. C., *Manual de...*, op. cit., pág. 121

¹⁰⁹² CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho...*, op. cit. 2^a Ed., pág. 138; 3^a Ed., pág. 186

clasificaciones o progresiones para que tenga conocimiento de las mismas.

La resolución de clasificación en tercer grado se notificará dentro de los tres días de su adopción al Ministerio Fiscal, y contra la misma cabe recurrir en reforma y posteriormente en apelación o queja ante el Juez o Tribunal sentenciador, o ante la Audiencia Nacional si se trata de una resolución del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria¹⁰⁹³. Pero si está cumpliendo varias penas ha de resolver el que impuso la pena privativa de libertad más grave y si son de la misma gravedad el que la impuso en último lugar (si es unipersonal los Jueces de Vigilancia proponen que sea la Audiencia Provincial para que tenga mayor jerarquía que el JVP, reunión de Madrid 2003). Si no interpone recurso el Fiscal o el penado, el JVP no puede modificar la resolución administrativa de clasificación¹⁰⁹⁴.

Por tanto, la regulación actual que contiene la LOGP no respeta plenamente la judicialización de la ejecución de penas prevista constitucionalmente, pues prevé que la Administración Penitenciaria sea la competente para clasificar, y dentro de esa clasificación conceder el tercer grado penitenciario, lo que supone un amplio margen de libertad a los internos (salidas diarias a trabajar, permisos aprobados por la Administración y no por el JVP, salidas de fin de semana, e incluso pernocta continuada fuera de la prisión en los supuestos del art.86.4 RP). La judicialización exige que la clasificación deba efectuarse por los jueces, aunque sea previa propuesta de la Administración, pues de la clasificación en uno y otro grado penitenciario, depende el elenco de derechos y deberes de los internos. Carece de sentido que, en la actualidad, se requiera autorización del JVP para permisos de salida superiores a dos días a los internos clasificados en segundo grado, y que la Administración puede progresar al interno a tercer grado, sustrayendo la competencia del juez para la aprobación de salidas, sin intervención del

¹⁰⁹³ MIR PUIG, C., *Derecho penitenciario...*, op. cit., pág. 85

¹⁰⁹⁴ CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho...*, op. cit. 2ª Ed. 2006, pág. 138

mismo. También plantean problemas, desde el punto de vista del principio constitucional, algunas figuras introducidas reglamentariamente en materia de clasificación, como lo previsto en el art. 100.2 Reglamento Penitenciario de 1996, que prevé la posibilidad de mezclar elementos de varios grados de clasificación, lo que requiere aprobación del JVP, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad. Dicho precepto es contrario al art. 117.3 CE, en primer lugar, porque un precepto reglamentario no puede atribuir competencias a los jueces y, en segundo término, porque si se requiere aprobación del Juez para establecer este régimen mixto, es del todo punto ilegal y contrario a los más elementales principios jurídicos, que pueda ejecutarse antes de que se apruebe por el juez¹⁰⁹⁵.

B. REVISIONES DE GRADO

Uno de los principios configuradores de nuestro sistema de clasificación penitenciaria es el de revisibilidad periódica en función de la evolución del tratamiento¹⁰⁹⁶ según establece el art. 72.4 LOGP (*en ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión*) en relación con el art. 65.1 LOGP.

El art. 65.4. LOGP establece que:” *cada seis meses como máximo, los internos deberán ser estudiados individualmente para reconsiderar su anterior clasificación tomándose la decisión que corresponda que deberá ser notificada al interno*”. El Reglamento Penitenciario en su art. 105 insiste en el mencionado plazo aunque vinculando la reconsideración a la evaluación de todos los aspectos establecidos en el modelo

¹⁰⁹⁵ TORRECILLA COLLADA, M. P., “Balance de la LOGP...”, *op. cit.*, *Diario La Ley* N° 7250, 28 septiembre 2009.

¹⁰⁹⁶ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., *Manual de...*, *op. cit.*, pág. 360

individualizado de tratamiento diseñado al formular la propuesta de clasificación inicial¹⁰⁹⁷.

El plazo que se señala es un plazo máximo pues a tenor de lo dispuesto en el art. 72.4 LOGP nada impide reconsiderar la asignación de grado de un interno si es que existen datos nuevos que lo justifiquen. En el mismo sentido nada impide al interno formular en cualquier momento una queja ante el JVP por la no progresión de grado aún antes de transcurrir aquel plazo que funciona como garantía.

Conforme a lo dispuesto en el art. 65.1. LOGP: *“la evolución en el tratamiento determinará una nueva clasificación, con la consiguiente propuesta de traslado al establecimiento del régimen que corresponda o, dentro del mismo, el pase de una sección a otra de diferente régimen.”*.

Este plazo máximo no quiere decir que la revisión no pueda hacerse antes, incluso tiene que hacerse obligatoriamente cuando la evolución del tratamiento así lo demande, como establece el art. 72.4 LOGP.: *“En ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor de su progresión”*.

Por ello la Inst. 9/2007 establece respecto a las revisiones que dado el carácter dinámico de la clasificación y la indisoluble relación existente entre grado y tratamiento determinan que, de acuerdo con lo establecido en los arts. 72.4 LOGP y 106.1 RP, se proceda a la revisión del grado de clasificación de los penados, siempre que el conjunto de variables incluibles en la expresión "evolución en el tratamiento" (modificación de factores delictivos, conducta del interno, fase del cumplimiento de condena, recursos disponibles,...) así lo aconsejen, *sin sujeción al transcurso de plazo mínimo alguno*. Debe, por ello, entenderse, que el plazo máximo de seis meses para la revisión de la clasificación, establecido en el art. 105.1 RP, no es sino un mecanismo de seguridad que garantiza el debido seguimiento de dicha evolución, sobre la base del grado de cumplimiento de los objetivos

¹⁰⁹⁷ MIR PUIG, C., *Derecho penitenciario...*, op. cit., pág. 85

establecidos en el modelo individualizado de tratamiento. Este plazo máximo será de tres meses para los clasificados en primer grado o preventivos con aplicación del art. 10 LOGP.

Lo fundamental es la evolución de la personalidad¹⁰⁹⁸ en aquellos aspectos directamente relacionados con su actividad delictiva para lo que en principio basta tomar en cuenta la conducta de interno. Conviene advertir que cuando la LOGP y el RP emplean la palabra conducta o comportamiento lo están haciendo en sentido psicológico desprovista de valoraciones jurídicas o morales, sin que pueda entenderse como conducta penitenciaria completamente alejada de implicaciones disciplinarias. El comportamiento que sirve de base a la revisión consiste en actitudes o formas de actuar estables indicativas de la pervivencia de cierta peligrosidad criminal. Por ello y para que no hubiera la más mínima posibilidad de confusión se utilizó la expresión conducta global, cuando en otros ámbitos penitenciarios (redención, permisos, etc.) sí se utiliza las expresiones de buena o mala conducta. Si esto es así desde el punto de vista del análisis de las normas, no ocurre lo mismo en la práctica, tanto los Equipos Técnicos como los Jueces de Vigilancia suelen atender al ámbito de lo disciplinario para evaluar la evolución conductual del penado lo que provoca un efecto multiplicador de las sanciones.

En cuanto al procedimiento que sigue la revisión de grados se puede sintetizar:

-Corresponde al Equipo Técnico presentar a la Junta de Tratamiento un estudio-informe sobre la evolución del penado.

-La Junta de Tratamiento reunida formalmente en sesión valorará aquél y adoptará el acuerdo que estime oportuno.

-Si acuerda proponer la progresión o regresión de grado remitirá la propuesta en informe razonado a la SGIIPP.

¹⁰⁹⁸ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., *Manual de..., op. cit.*, pág. 366

-A la SGIIPP corresponde aprobar o no la propuesta, ateniéndose la resolución a las mismas formalidades y plazos que los analizados para la clasificación inicial.

Del proceso de revisión pueden derivarse tres resultados: mantenimiento, progresión o regresión de grado.

1. Mantenimiento de grado

Establece el art. 105.2 RP que cuando la Junta de Tratamiento no considere oportuno proponer a la SGIIPP cambio en el grado asignado, se notificará la decisión motivada (supone una importante novedad respecto a la situación anterior en que simplemente se notificaba el acuerdo) al interno, que podrá solicitar la remisión del correspondiente informe a la SGIIPP para que resuelva lo procedente sobre el mantenimiento o cambio de grado. La resolución de la SGIIPP se notificará al interno con indicación de su derecho a acudir en vía de recurso ante el JVP¹⁰⁹⁹. Si bien es cierto que la decisión de la Junta de Tratamiento no pone fin a la vía administrativa y por lo tanto el acuerdo de mantenimiento de grado no puede ser entendido como acto administrativo con efectos jurídicos, la amplitud de facultades que por vía del art. 76.2.g) corresponden al JVP permite una integración del art. 76.2.f) y las normas reglamentarias en el sentido de no ser preceptivo el pronunciamiento de la SGIIPP para que el JVP fiscalice la no progresión de grado de un interno transcurrido el plazo de seis meses. También interesa destacar que a diferencia de lo que dispone la Ley y desarrollaba el Reglamento de 1981, la decisión de mantenimiento en segundo grado debe ser motivada para respetar el derecho a la defensa lo que significa que no bastará la notificación en la que se recoja el acuerdo sin motivación expresa (como se venía haciendo hasta el momento). No obstante existe un sector de la jurisdicción de vigilancia que partiendo de la naturaleza revisora que asignan a esta

¹⁰⁹⁹ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., *Manual de..., op. cit.*, pág. 367

jurisdicción, entiende que si el penado no pide la elevación de la propuesta motivada a la SGIIPP el acuerdo de continuidad es ejecutivo y no podrá ser recurrido ante el JVP al no haberse agotado la vía administrativa previa.

Según la Inst. 9/2007 el cómputo del plazo máximo de los seis meses se efectuará de fecha a fecha de la sesión de la Junta de Tratamiento en la que se efectúe la clasificación inicial o última revisión, según lo fija la Inst. 9/2007.

En las reuniones de JVP se ha mantenido el criterio de que las revisiones de grado (progresiones y regresiones) deben venir determinadas por la evolución positiva o negativa de la personalidad y no por la simple recaída de nueva condena o transcurso del plazo reglamentario.

El acuerdo de la Junta de Tratamiento, por tratarse de un acto definitivo en vía administrativa, es susceptible de recurso ordinario ante la SGIIPP, conforme a lo establecido en el artículo 267.2 del RP (Con la entrada en vigor de la Ley 4/ 1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: recurso de alzada). El plazo para interponer este recurso es de un mes según el art. 115 de la citada ley, de ahí que la Inst.9/2007 establezca que siempre que el interno solicite pronunciamiento de la SGIIPP sobre su clasificación, se remitirá copia de la notificación de la última revisión así como de los informes correspondientes, en el caso de que no haya transcurrido un mes desde la misma. Si a los tres meses de interpuesto el recurso la SGIIPP no lo ha resuelto, se puede interponer recurso ante el JVP¹¹⁰⁰. Si el interno no hubiere solicitado la remisión de dichos informes, en el plazo de un mes desde la notificación del acuerdo, se informará sobre tal extremo al Centro Directivo.

Cuando, por haber mediado queja o recurso sobre su clasificación por parte del interno ante el Juzgado de Vigilancia, éste recabe informes al Centro Penitenciario y no se haya

¹¹⁰⁰ RÍOS MARTÍN, J. C., *Manual de...*, op. cit., pág. 119

producido resolución expresa sobre la última revisión de grado, por no haberlo solicitado así el interno, se comunicará dicho extremo al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

Según el art. 105.2 RP la resolución de la SGIIPP se notificará al interno, haciéndole saber que contra la misma podrá interponer recurso ante el JVP, conforme a lo establecido en el artículo 76.2.f) LOGP. Como ya hemos indicado anteriormente, en ningún artículo de la LOGP ni del RP se establece cual es el plazo para recurrir en alzada ante el JVP las resoluciones de clasificación.

Establece el art. 105.3 RP que: *“Cuando una misma Junta reitere por segunda vez la clasificación en primer grado, el interno podrá solicitar que su próxima propuesta de clasificación se haga por la Central Penitenciaria de Observación. El mismo derecho le corresponderá, cuando encontrándose en segundo grado y concurriendo la misma circunstancia haya alcanzado la mitad del cumplimiento de la condena”*. Este artículo se refiere a un órgano especializado en materia de observación, clasificación y tratamiento. Antes tenía una ubicación física en un centro penitenciario dentro de la antigua prisión de Carabanchel. En la actualidad los miembros de este órgano están en la propia SGIIPP y desde allí se desplazan a los establecimientos penitenciarios a estudiar a los penados que solicitan que su clasificación sea revisada por dicha Central, si reúnen los requisitos necesarios. No obstante, también puede la SGIIPP ordenar que los casos regulados en el art.105.3 RP sean revisadas las clasificaciones por otra Junta de Tratamiento cuando esta Central tenga pendiente de estudio un elevado número de internos¹¹⁰¹.

Compartimos el criterio de algunos autores que manifiestan la existencia de la Central de Observación es

¹¹⁰¹ Auto del JVP de Baleares de fecha 27/4/10 estimando la queja del interno que solicitaba que la revisión de grado se la realizase la Centra de Observación, resolviendo que debe ser estudiado por este órgano en la primera visita que realice al Centro Penitenciario de Mallorca en base a los arts. 65.4 LOGP , 105.3 y 109 RP

actualmente operativa y gravosa para los intereses económicos del Estado, al tener que desplazarse los miembros de los Equipos de la Central de Observación¹¹⁰². Por otro lado, no cabe duda que el Equipo que mejor conoce al interno es el que está viendo su evolución día a día y que está formado por especialistas tan cualificados como los de la Central de Observación, además con este sistema se potencia una política administrativa excesivamente intervencionista por el Centro Directivo¹¹⁰³.

Aquí conviene hacer referencia a la posibilidad de que el interno frente a un mantenimiento en segundo grado pueda solicitar el levantamiento del periodo de seguridad al JVP para al tercer grado, según **Ríos Martín**¹¹⁰⁴: "*La persona penada puede también acceder al JVP para planteárselo a través de los recursos contra la resolución de mantenimiento en segundo grado emitida por el Centro Directivo*". Estamos totalmente de acuerdo con este autor que siempre que haya un mantenimiento en segundo grado se puede solicitar vía recurso el levantamiento del periodo de seguridad y la vuelta al régimen general de cumplimiento si le fue aplicado el mismo por el Juez o Tribunal sentenciador, pero en los delitos previstos en el art. 36.2 CP que es aplicado por imperativo legal no cabe tal levantamiento y aplicación del régimen general de cumplimiento hasta que no se cumpla la mitad de la pena¹¹⁰⁵.

2. Progresión

Como dice el Auto 1192/98, de 10 de octubre de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Madrid: "*en el sistema progresivo de cumplimiento de las penas, la progresión ha de*

¹¹⁰² RODRÍGUEZ ALONSO, A. y RODRÍGUEZ AVILÉS, J. A., *Lecciones...*, op. cit. pág. 247

¹¹⁰³ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., *Manual de...*, op. cit., pág. 247

¹¹⁰⁴ RÍOS MARTÍN, J.C., *Manual de...*, op. cit., pág. 90

¹¹⁰⁵ MIR PUIG, C., *Derecho penitenciario...*, op. cit., págs. 83-84

ser la norma y la regresión la excepción pues la primera está en la línea principal del sistema, mientras que la segunda está en la línea secundaria y complementaria que tiende a corregir los errores o los optimismos excesivos o evaluaciones apriorística no respaldadas por la realidad".

La progresión de grado dependerá de la modificación positiva de aquellos factores directamente relacionados con la actividad delictiva, se manifestará en la conducta global del interno y entrañará un incremento de la confianza depositada en el mismo y la atribución de responsabilidades, cada vez más importantes, que implicarán una mayor libertad (art. 65.2 LOGP. y 106.2 del RP)¹¹⁰⁶.

La progresión de primero a segundo grado se suele realizar cuando se lleva a cabo por la ausencia de incidencias negativas, normalmente cuando se han cancelado las sanciones disciplinarias, y el comportamiento es bueno; y de segundo a tercero cuando se han disfrutado algunos permisos de salida y falta un tiempo relativamente próximo para la libertad condicional para evitar el riesgo de quebrantamiento.

El nuevo RP de 1996 matiza la regulación legal (de corte excesivamente clínico) exigiendo que la modificación positiva venga referida a cualquier factor directamente relacionados con la actividad delictiva (factores de relevancia etiológica no exclusivamente psicológicos o de personalidad).

3. Regresión

Conforme al art. 65.3 LOGP procederá regresión: *“Cuando se aprecie en el interno, en relación al tratamiento, una evolución desfavorable de su personalidad.”*. En el mismo sentido que lo expuesto anteriormente el art. 106.3 RP matiza las expresiones legales en el sentido de referenciar la evolución negativa al pronóstico de reinserción social, es decir en el

¹¹⁰⁶ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., *Manual de..., op. cit.*, pág. 248

alejamiento respecto de la meta última de la ejecución, y en contrastar la misma a través de la conducta global del interno¹¹⁰⁷.

Los términos “evolución negativa” o “evolución desfavorable” constituyen conceptos indeterminados que no están exentos de valoraciones. El contenido de los mismos, que en la práctica se vinculan a la “conducta global del interno” (art. 65.2 LOGP), a la buena o mala conducta, dejan espacio excesivo a la inseguridad jurídica¹¹⁰⁸, según **Tamarit Sumalla** y, sobre todo, dan lugar a que en la práctica la voluntariedad del tratamiento sea cuestionada, fomentando una actitud cínica del interno, en el sentido de aparente cumplimiento de las normas del régimen¹¹⁰⁹.

Normalmente se realiza la regresión de tercero a segundo si se produce la comisión de nuevos delitos siempre que haya sentencia firme, no reingreso de un permiso, consumo de drogas u otros comportamientos desfavorables¹¹¹⁰; de segundo a

¹¹⁰⁷ JUANATEY DORADO, C., *Manual de...*, *op. cit.*, pág. 120

¹¹⁰⁸ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Coordinador), PÉREZ CEPEDA, A. I., ZÚÑIGA PÉREZ, L., MULAS SANZ, N., FERNÁNDEZ GARCÍA, J., *Lecciones...*, *op. cit.*, pág. 166

¹¹⁰⁹ TAMARIT, SUMALLA, J. M^a, GARCÍA ALBERO, R., RODRÍGUEZ PUERTA, M^a J., SAPENA GRAU, F., *Curso...*, *op. cit.* 2^a Ed., pág. 266

¹¹¹⁰ El Auto 1348/98, de 16-11-1998, del JVP n° 2 de Madrid resuelve: “*En un sistema penitenciario progresivo en el cumplimiento de las penas, la progresión ha de ser la norma y la regresión la excepción pues aquella no está en la línea principal o filosofía del sistema. Por ello las razones de la regresión han de estar claramente probadas en lo fáctico y ser suficientes por su gravedad y consistencia jurídica....De otra parte el que ocasionalmente una persona falte al trabajo sin reproche del contratista por causas justificadas no sería de por sí motivo suficiente para hablar, conforme al art. 15.3 de la Ley y 106.3 del Reglamento, de una evolución negativa en la conducta del interno. En consecuencia ni en lo fáctico se acreditan los hechos, ni aún supuesto que se acreditara alguna falta al trabajo sin queja por parte del empleador nos encontramos ante un supuesto de hecho que justifique la regresión*”.

primero cuando se manifiesta la peligrosidad o la inadaptación mediante la comisión de faltas disciplinarias¹¹¹¹.

La regresión de grado debe responder a causas perfectamente probadas y no a meras sospechas o conjeturas (Auto 1005/97, de 20 de octubre, Sección 5ª Audiencia Provincial de Madrid). Por tanto el que se le esté instruyendo una nueva causa penal no puede ser causa de regresión en base a la presunción de inocencia (Auto 375/98, de 1 de abril Sección 5ª Audiencia Provincial de Madrid). En sentido contrario se pronuncia la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Valencia al resolver el recurso de apelación 63/2012, de fecha 20 de abril. Este recurso fue interpuesto por al Ministerio Fiscal ante la progresión a tercer grado de un interno que había sido regresado a segundo grado por resolución de la SGIIPP porque estando en régimen abierto fue denunciado por su expareja sentimental por amenazas y por haber decretado el juzgado de instrucción competente orden de alejamiento de la misma. El JVP de Valencia nº 5 le volvió a progresar a tercer grado en base a la presunción de inocencia, pero la Audiencia de Valencia resolvió

¹¹¹¹ Auto JVP de Huelva de fecha 183/10, estimando recurso del Ministerio Fiscal, revocando la clasificación en tercer grado y dejándolo en segundo grado. Recoge este Auto que procede la regresión de grado según establece el art. 106.3º porque el interno ha tenido una evolución manifiestamente negativa, violando el régimen de semilibertad de que disfrutaba, abandonando sin autorización el Centro de Inserción Social en que se encontraba, (lo que ha dado lugar a un nuevo procedimiento por quebrantamiento de condena en el Juzgado de Instrucción competente)...La "fuga" tuvo por claro objeto la adquisición y consumo de sustancias estupefacientes, como lo acredita el resultado positivo a cocaína, benzodiazepinas, cannabis y morfina arrojado en el control practicado en el momento de su reingreso, lo que pone de manifiesto además que el interno no ha superado la drogodependencia, que ha sido determinante en su actividad delictiva, lo que eleva notoriamente el riesgo de reincidencia y hace considerar como muy dudoso el pronóstico de reinserción social del penado, *estimándose por ello como más adecuado para el tratamiento del interno, como así también lo estimó por unanimidad la Junta de Tratamiento del Centro de Inserción Social de Huelva que propuso su regresión a segundo grado....*, procediendo en consecuencia estimar el recurso del Ministerio Fiscal y considerar que el interno debe ser clasificado en 2º grado de tratamiento.

que: *“Hay que estar a las razones pro las que la Administración acuerda la regresión realativa al mal uso del régimen abierto con la apertura de diligencias previas por nuevo delito de amenazas. Este dato tiene indudable trascendencia, pues apunta a una evolución negativa del interno. Esta pérdida de confianza está más que justificada y la existencia de otra responsabilidad pendiente por delito no significa que se vulnere el principio de presunción de inocencia”*.

El art. 108 RP establece dos supuestos que denomina *regresión provisional*¹¹¹², para casos de internos clasificados en tercer grado¹¹¹³:

a) Si un interno clasificado en tercer grado no regresase al Establecimiento después de haber disfrutado de un permiso u otra salida autorizada, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 157.2, se le clasificará provisionalmente en segundo grado, en espera de efectuar la reclasificación correspondiente cuando vuelva a ingresar en un Centro penitenciario. Producido el reingreso, el Director del Centro acordará, como medida cautelar el pase provisional a régimen ordinario, hasta que se efectúe la reclasificación correspondiente.

b) En los supuestos de internos clasificados en tercer grado que fuesen detenidos, ingresados en prisión, procesados o imputados judicialmente por presuntas nuevas responsabilidades, el Director podrá suspender cautelarmente cualquier nueva salida, así como acordar la separación interior que proceda y su pase provisional al régimen ordinario, debiendo proceder la Junta de Tratamiento inmediatamente a la reclasificación correspondiente en su caso.

Algunas de las situaciones que este apartado contempla adolecen de cierta imprecisión puesto que la detención puede durar como máximo 72 horas, una vez transcurrido este plazo,

¹¹¹² FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., *Manual de...*, op. cit., pág. 368

¹¹¹³ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., *Manual de...*, op. cit., pág. 245

para que el interno permanezca en prisión, habrá de darse un mandamiento judicial que la decreta y el penado pasará a preso preventivo por esa causa. En este caso habrá de procederse a su *desclasificación*, conforme a lo establecido en el art. 104.2 RP: *“Si un penado estuviese ya clasificado y le fuera decretada prisión preventiva por otra u otras causas, quedará sin efecto dicha clasificación, dando cuenta al Centro Directivo”*. Mientras dure esta situación las únicas “salidas” que pueden realizar serán las autorizadas por la autoridad judicial a cuya disposición se encuentre el interno y el régimen aplicable será el correspondiente a los presos preventivos.

Respecto también a los internos clasificados en tercer grado, la Inst. 9/2007, se establece en el apartado de las medidas cautelares a adoptar en acuerdos de regresión, que se faculta al Director del Establecimiento para que, en los casos en los que la Junta de Tratamiento haya adoptado el acuerdo de regresión de grado y estime, en atención a la personalidad del interno o de la entidad de los hechos que la motivan, que la permanencia del interno en la unidad de régimen abierto conlleva un riesgo razonable de quebrantamiento, pueda disponer su pase provisional a una unidad de régimen ordinario, sin perjuicio de la resolución que sobre clasificación y destino adopte el Centro Directivo una vez estudiada la propuesta correspondiente. Esta medida tendrá siempre carácter provisional, sin perjuicio de la resolución que sobre la clasificación y destino adopte el Centro Directivo, una vez estudiada la correspondiente propuesta, que se remitirá al mismo. La adopción de esta medida cautelar será comunicada al interno, con expresión de los hechos que la motivan.

Independientemente de las medidas provisionales adoptadas por el Director, respecto a la clasificación del interno hemos de diferenciar los siguientes casos:

-Que se decreta una medida cautelar privativa de libertad por razón de nueva responsabilidad (nuevo delito): conforme al art. 104.2 RP la clasificación decae al primar la situación procesal sobre la situación de cumplimiento y por lo tanto basta un acuerdo en tal sentido de la Junta de Tratamiento que se

remitirá a la SGIIPP para su conocimiento¹¹¹⁴. En su calidad de preventivo el interno queda sujeto al régimen de vida ordinario conforme a lo establecido en el art. 74.1 RP Una vez ha desaparecido dicha situación la Junta de Tratamiento deberá estudiar al interno y básicamente el resultado de aquella responsabilidad (sobreseimiento y archivo, libertad provisional con o sin fianza, etc.) para decidir una nueva propuesta de clasificación (que podrá ser otra vez en tercer grado o bien ahora en segundo).

-Que se decrete prisión provisional por causa anterior al ingreso en prisión (por ejemplo, causa anterior que al acercarse la fecha de juicio oral el órgano correspondiente estima conveniente la aplicación de la medida para garantizar la presencia del acusado): en estos casos la solución es la misma que la expuesta, es decir, decae la clasificación mientras dure la situación de preventivo y al finalizar se debe realizar nueva propuesta de asignación de grado.

-Que sin haberse decretado ninguna medida cautelar exista constancia de un proceso judicial abierto (Diligencias previas) por nuevo delito en que aparece imputado o procesado. En estos casos no decae la clasificación por lo que resulta procedente que la Junta de Tratamiento valore a la mayor brevedad posible (dada la situación provisional en la que se encuentra el interno) lo ocurrido para proponer en su caso la regresión a segundo.

Si el caso anterior se produce respecto a responsabilidades anteriores (muy frecuentemente estando en tercero lleguen citaciones a juicios por causas pendientes de las que el interno no informó a la Junta de Tratamiento que propuso su progresión) no se produce aquel efecto automático, sin perjuicio de que la Junta de Tratamiento del Establecimiento correspondiente valore ahora este nuevo dato junto a los demás para decidir una propuesta de regresión a segundo. Igual solución tendrán los supuestos en los que estando cumpliendo condena en tercer grado llegue nuevo testimonio de sentencia

¹¹¹⁴ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., *Manual de..., op. cit.*, pág. 369

por delito anterior al ingreso: habrá que valorar si el mismo varía sustancialmente el pronóstico adoptado para la asignación del tercer grado.

Por último, en los casos en que el interno se encontrara disfrutando de libertad condicional y reingresa en prisión por una responsabilidad preventiva habrá que esperar a que decida sobre la misma el JVP¹¹¹⁵:

Si acuerda suspender la libertad condicional, lo que resulta frecuente si la preventiva se ha decretado por responsabilidad anterior a la salida en condicional pese a no estar regulada esta figura ni legal ni reglamentariamente no procederá dictar acuerdo alguno sobre suspensión de la clasificación ex art. 104 RP sino que el interno quedará sometido al régimen ordinario propio de los preventivos.

Si acuerda revocar la libertad condicional (lo que resulta frecuente si la preventiva lo es por hechos nuevos) conforme al art. 93 CP y 201.3 RP al interno se le aplicará provisionalmente el régimen ordinario en espera de que por la Junta de Tratamiento se acuerde suspender la clasificación mientras se sustancie la responsabilidad. Si tras un tiempo se decreta la libertad provisional y el interno queda penado por las causas en que se ha revocado la libertad condicional la Junta de Tratamiento propondrá a la SGIIPP una nueva clasificación cuyo sentido dependerá fundamentalmente del resultado de aquella responsabilidad (sobreseimiento o archivo conllevará normalmente la asignación de tercer grado; y libertad provisional hasta el juicio conllevará normalmente la regresión a segundo).

En esta materia la Inst. 9/2007 ha ampliado los supuestos de regresión provisional del tercero a segundo (lo que como con otras muchas instrucciones parece contravenir el principio de jerarquía normativa) estableciendo que la necesidad de mantener íntegros en los CIS y Secciones Abiertas los principios de

¹¹¹⁵ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., *Manual de..., op. cit.*, pág. 369

confianza y ausencia de controles rígidos que informan el régimen abierto, armonizándolos con la debida custodia de aquellos en los que la evolución personal determina la adopción de una propuesta de regresión aconseja facultar al Director para que en los casos en que por la Junta de Tratamiento se haya adoptado acuerdo de regresión y en atención a la personalidad del interno o entidad de los hechos, la permanencia en la unidad de régimen abierto conlleva un riesgo razonable de evasión, pueda disponer el pase provisional a una unidad de régimen ordinario. Esta medida tendrá carácter provisional sin perjuicio de la resolución que sobre clasificación y destino adopte la SGIIPP, será comunicada al interno con expresión de los hechos que la motivan.

En la Reunión de Jueces de Vigilancia del año 2005 se aprobó que: *“Cualquier acuerdo de la Dirección del Centro penitenciario que suponga la regresión provisional a segundo grado de un interno, deberá comunicarse al JVP y notificarse en forma al propio interno, con indicación expresa de su derecho a interponer el pertinente recurso ante el JVP”*.

El incumplimiento de las medidas de control por el interno supondrá, en su caso, la regresión de grado de tratamiento o la continuidad en el tercero con modalidad de vida más restrictiva, encomendadas a la Administración Penitenciaria, frente a la libertad condicional, cuyo incumplimiento de las normas de conducta impuestas por el JVP para el disfrute de la misma supondrá, en su caso, la revocación de la misma por el órgano jurisdiccional¹¹¹⁶.

Respecto a la regresión de grado por dejar de cumplir el compromiso de satisfacer la responsabilidad civil estando en tercer grado, consideramos que sólo cabe la regresión si el penado pudiendo satisfacerla y habiéndose comprometido a ello deja de hacerlo de forma voluntaria. Pero hay que dejar claro que ese incumplimiento sólo sería posible cuando el penado cobre cantidades embargables ya que si no lo son no se le podrá

¹¹¹⁶ NIETO GARCÍA, A. J., “Breve guía de...”, *op. cit.*, pág. 11

exigir su pago pues, como dice **González del Pozo**¹¹¹⁷, éste es: *"...un derecho irrenunciable a un consentimiento del penado que, si no viciado, sí está claramente mediatizado por la finalidad utilitarista de conseguir el acceso al tercer grado, pues como es natural el miedo a que sea rechazada su pretensión de acceso al tercer grado le inducirá a asumir el compromiso de hacer pagos periódicos en cuantía superior a la que le permiten sus posibilidades económicas y a la que podía serle exigida en vía de apremio"*.

Aquí nos parece oportuno hacer mención al Auto 2842/2006, 15 de junio, JVP nº 4 de Madrid, Exp. 140/2006, en el que respecto a una regresión de segundo grado de un internos clasificado en tercero al llegarle una nueva causa penada de dos años y un día de prisión acordó: *"Se da el caso de que el penado ha satisfecho todas las responsabilidades civiles (y aún la multa derivada de la primera condena y que estaba satisfaciendo las correspondientes de la segunda). Es decir, habría hecho y seguía haciendo un esfuerzo por volver al lado de la ley, con una conducta que favorecería a las víctimas. Esto es lo más indicativo de la resocialización en los delitos de estafa, desde luego mucho más que observar buena conducta en prisión o disfrutar sin incidencias permisos de salida, y además es la única conducta que de modo directo e inmediato favorece a las víctimas. Por eso, esa conducta debe ser amparada, lo que no se hace con la regresión de grado. Cosa contraria es que la regresión se produzca precisamente por no reparar el daño causado por el delito cuando puede hacerse, pues ese sí puede ser un signo de evolución a peor"*. En base a lo expuesto el JVP estima el recurso y acuerda que el interno debe continuar en tercer grado sin perjuicio de que en cada revisión de grado se considere en lo sucesivo la actitud del penado en orden a satisfacer las responsabilidades civiles pendientes de la primera causa penada.

¹¹¹⁷ GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., "La satisfacción de la responsabilidad civil del delito como requisito para acceder al tercer grado y obtener la libertad condicional". *XIII Reunión Jueces de Vigilancia*. Valencia, 2004, pág. 18

Para finalizar este apartado nos parece oportuno tratar el tema de la denominada “autoregresión”, es decir, la cuestión es si un interno puede renunciar al grado en el que se encuentra clasificado. Desde nuestro punto de vista, entendemos que no cabe una autoregresión de segundo a primer grado puesto que no se puede tener a un interno clasificado en primer grado si no dan alguno de los factores objetivos de peligrosidad extrema o inadaptación manifiesta establecidos en el art. 10 LOGP en relación con el art. 102.5 RP.

La situación es diferente cuando el interno se encuentra clasificado en tercer grado y quiere volver a segundo, aunque parezca una situación absurda en algunos casos se produce, puesto que el interno quiere renunciar al régimen abierto, por diferentes motivos: debido a la prisionización no se adapta a la vida en semilibertad, tener miedo a la recaída en el consumo drogas en el exterior, carecer de familia ni apoyo social, no tener trabajo y carecer de recursos económicos, etc. Está claro que los profesionales que intervienen con el interno en medio abierto deben de ayudarle a superar esas carencias pero si aún así el interno persiste consideramos que sí que cabría la “autoregresión” a segundo grado por entender que la clasificación en tercer grado es un derecho subjetivo renunciabile. Todo ello con base a que el Código Civil en su art. 6.2¹¹¹⁸ establece que se puede renunciar voluntariamente a un derecho si tal renuncia no va contra el interés o el orden público, ni perjudica a tercero. Según el art. 4 RP que regula los derechos de los internos en su apartado d) se establece “*el derecho al tratamiento penitenciario y a las medidas que se le programen con el fin de asegurar el éxito del mismo*”. Por tanto entendemos que se puede renunciar voluntariamente al derecho de estar clasificado en tercer grado y regresar al régimen ordinario clasificado en segundo grado. En este mismo sentido se pronuncia el JVP N° 5 de Valencia en el Auto de fecha 21 de febrero de 2012 en el que acepta la renuncia de un penado a la

¹¹¹⁸ Art. 6.2 Código Civil: “La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros”.

libertad condicional por considerar que ésta es un beneficio penitenciario cuya renuncia no va en contra del interés o el orden público, ni perjudica a terceros tal y como dispone el art. 6.2 del Código Civil.

4. Procedimiento progresiones y regresiones de grado.

Según el art. 106.5 RP: *Para la resolución de las propuestas de progresión y de regresión de grado se observarán las mismas formalidades, plazo y posible ampliación del mismo que se prevén en el artículo 103 para la resolución de la clasificación inicial. El procedimiento aplicable para las progresiones y regresiones de grado será el mismo que el establecido para la clasificación inicial*".

De todo lo expuesto, se deduce claramente que la Administración Penitenciaria tiene la competencia de acordar tanto la clasificación inicial como la progresión o regresión de grado de los penados. Aún así, hay Jueces de Vigilancia que acuerdan la clasificación de penados, en lo que podríamos denominar "*en primera instancia*", sin resolución administrativa previa o sin mediar recurso contra la misma. Pero en materia de clasificación, las resoluciones procedentes de clasificación inicial y de progresión y regresión de grado de los penados, la competencia es inequívocamente de la Administración Penitenciaria. Sólo podrán los Jueces de Vigilancia ejercer su competencia una vez que se recurra la resolución administrativa, en los términos que establece el artículo 76.2.f) de la LOGP, sólo cabe esa tipo de clasificación "*en primera instancia*" en caso de clasificaciones o progresiones a tercer grado por enfermedad grave e incurable (art. 104.4 RP), aprobándose normalmente la misma junto con la libertad condicional (art. 92 CP), por razones humanitarias. Por ejemplo el Auto 1460/98 del Juzgado de Vigilancia nº 2 de Madrid, de fecha 10/12/98, que recoge que: "Los arts. 104.4 y 196 RP establecen la posibilidad de progresión al tercer grado y concesión de la libertad condicional cuando un interno padezca una enfermedad grave con sufrimientos incurables...Si bien la

resolución administrativa inicial y los autos del JVP que se impugnan hacen referencia a la denegación de la progresión a tercer grado, es lo cierto que la pretensión del interno es doble: progresión a dicho grado y concesión de la libertad condicional. Por tanto, en congruencia la resolución ha de resolver sobre ambas pretensiones... Por todo ello debe estimarse el recurso (de progresión a tercer grado y libertad condicional).

Ordena la Inst. 9/2007 que para las revisiones de grado será necesario remitir la documentación que se detalla a continuación:

1. En progresiones de grado. En todos los casos, además de la propuesta de clasificación y destino (PCD), se remitirá:

-Informe de seguimiento del Educador

-Informe psicológico si procede

2. Para la progresión a 2º grado es necesario el informe social de vinculación

3. Para las progresiones a tercer grado son necesarios los informes propios para todas las progresiones más los específicos de los diferentes tipos de clasificación en tercer grado.

4. En regresiones de grado. En todos los casos, además de la además de la propuesta de clasificación y destino (PCD), se remitirá el informe de seguimiento del Educador.

* Para la regresión a primer grado son necesarios:

-Informe médico con diagnóstico

-Informe psicológico

* Para la regresión a 2º grado:

-Informe social

-Informe psicológico, si procede, en el supuesto de regresiones desde el art. 182

5. En revisiones de modalidad

* Para las revisiones de modalidad en 1º grado:

-Informe psicológico

-Informe de seguimiento del educador

*Para las revisiones de modalidad en 3º grado (del art. 83 al 82.1 RP):

-Informe social

-Informe del Educador, si procede

*Para otras revisiones de modalidad del tercer grado los específicos de los diferentes tipos de clasificación en tercer grado

6. Cuando se proponga la aplicación del principio de flexibilidad desde cualquiera de los grados y sea cual sea la operación para ello empleada (clasificación, progresión, cambio de modalidad...), se cumplimentará el modelo de aplicación del art. 100.2 en el que se recoge el programa específico de tratamiento.

7. Otros supuestos.

En el caso de revisiones con cambio de destino, dada la multiplicidad de factores existentes que pueden motivar la propuesta de traslado, además de especificar los motivos que lo justifican, se adjuntará según los casos:

-Informe social para traslado por vinculación familiar.

-Informe psicológico, cuando el traslado venga motivado por la necesidad de intervención o integración en programas.

-Informe del Educador, si procede.

-Instancia del interno.

-Cuando el penado cumple condena por delitos contra las personas y libertad sexual: Informe psicológico y Hechos probados

- En el caso de internos con aplicación de PPS (programa de prevención de suicidios) o que lo tuvieron aplicado durante el último semestre: Informe psicológico e Informe médico

- Para penados con alguna prohibición de acercamiento o comunicación: Informe social de vinculación y Fallo de la/s sentencia/s

a) Delegación de competencias en materia de clasificación

En materia de clasificación penitenciaria hemos de tener en cuenta la reforma de delegación de competencias operada por la Orden INT/1127/2010, de 19 de abril por la que la Orden INT/985//2005, de 7 de abril, por la que se delegan determinadas atribuciones y se aprueban las delegaciones efectuadas por otras autoridades. Según esta orden para el cumplimiento de su misión, la Administración Penitenciaria se organiza en torno a establecimientos penitenciarios cuyas actividades son dirigidas jerárquicamente por los órganos directivos de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias ubicados en los Servicios Centrales.

La organización de los Servicios Centrales, por su parte, ha quedado definida en el Real Decreto 1181/2008, de 11 de julio, por el que se modifica y desarrolla la estructura orgánica del Ministerio del Interior, modificado por el Real Decreto 331/2009, de 13 de marzo, configurándose como una Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, integrada por dos Direcciones Generales. La Dirección General de Gestión de Recursos, encargada de la gestión de los medios necesarios para el desarrollo de la política penitenciaria, y la Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto, a la que se atribuyen distintas funciones de la Secretaría General y, entre ellas, la ejecución de las penas.

Del conjunto de procedimientos que son tramitados por la citada Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto, son de especial relevancia, por el alto volumen de gestión y la elevada carga de trabajo que implica su tramitación, las asignaciones o cambios de grado de tratamiento y/o destino y/o modalidad, permisos y salidas programadas.

Para mejorar la eficacia y eficiencia administrativa, se ha producido la descentralización de determinadas competencias de órganos superiores en órganos inferiores en estas materias, de forma que el nuevo diseño de competencias es más racional y acorde a las necesidades de gestión de la Administración Penitenciaria.

En esta reforma se incorpora un nuevo punto 5 en el Apartado vigésimo segundo de la Orden INT/985/2005, de 7 de abril, que establece que los Gerentes y Directores de los Centros Penitenciarios y Centros de Inserción Social, por delegación del titular de la Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto, ejercerán las siguientes atribuciones respecto a *los internos no vinculados a organizaciones terroristas o internos cuyos delitos no se hayan cometido en el seno de organizaciones criminales*:

1 Acordar la clasificación inicial en segundo grado de tratamiento de los penados con condena superior a cinco años, siempre que el acuerdo de la Junta de Tratamiento se haya adoptado por unanimidad. (Como vemos aquí la delegación se produce para condenas por delitos graves, más de cinco años. Se impone este criterio ante la posible aplicación del periodo de seguridad regulado en el art. 36.2 CP, aunque después de la LO 5/2010 estos casos serán menores).

2 Dejar sin efecto la clasificación en grado de los penados en los supuestos legalmente establecidos.

3 Resolver las revisiones de grado, interesadas por los internos al amparo del apartado segundo del art. 105 RP siempre que el acuerdo de la Junta de Tratamiento de continuidad sea en segundo grado, se haya adoptado por unanimidad y el penado no haya cumplido la mitad de una condena superior a cinco años (otra vez el periodo de seguridad vuelve a tenerse en cuenta para delegar hasta que no se haya cumplido la mitad de la pena) o tenga dos o más sanciones graves o muy graves sin cancelar.

4 Autorizar la aplicación de las diferentes fases y modalidades de vida dentro del régimen abierto a los penados ya clasificados en tercer grado.

5. Aprobar la aplicación de las previsiones del art. 86.4 RP, a los penados ya clasificados en tercer grado, siempre que consistan en la instalación de los adecuados dispositivos de control telemático. Por tanto si el control va a ser sin medios telemáticos la aprobación corresponderá al Centro Directivo.

6 Ordenar el traslado de los penados clasificados en tercer grado al Centro de Inserción Social de la misma provincia, previa autorización del Centro Directivo.

7 Ordenar el traslado provisional de los penados desde el Centro de Inserción Social al Centro Penitenciario de la misma provincia, en los supuestos de acuerdo de regresión a segundo grado adoptado por la Junta de Tratamiento.

8 Autorizar los permisos ordinarios de salida a los penados clasificados en tercer grado.

9. Autorizar los permisos extraordinarios de salida a los penados clasificados en tercer grado.

10. Aprobar salidas de fin de semana en horarios diferentes a los reglamentariamente establecidos, a los penados en régimen abierto.

11. Aprobar las salidas programadas a los penados clasificados en tercer grado o en segundo grado con aplicación del principio de flexibilidad, sin perjuicio en este último supuesto de la competencia de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria para su autorización cuando la duración sea superior a dos días.

Se incorpora un nuevo apartado vigésimo octavo a la Orden INT/985/2005, estableciendo que el titular de la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria, por delegación del titular de la Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto, ejercerá las siguientes atribuciones respecto a los internos *no vinculados a organizaciones terroristas o internos cuyos delitos no se hayan cometido en el seno de organizaciones criminales*:

1. Acordar la clasificación de los penados en grados de tratamiento, sin perjuicio de lo dispuesto para los Gerentes y

Directores de Centros Penitenciarios y Centros de Inserción Social en el apartado vigésimo segundo de la presente Orden.

2. Acordar la aplicación de las previsiones contenidas en el art. 10 de la LOGP, a los internos preventivos.

3. Autorizar las modalidades de vida a los preventivos y penados que se encuentren en régimen cerrado.

4. Aprobar la aplicación a los penados de las previsiones del art. 86.4 del RP, salvo lo dispuesto en el apartado vigésimo segundo de la presente Orden para los Gerentes y Directores de Centros Penitenciarios y Centros de Inserción Social. en cuanto a los penados ya clasificados en tercer grado.

5. Fijar el centro de destino de los internos.

6. Ordenar el traslado entre centros de los reclusos y su desplazamiento para acudir ante las autoridades judiciales, salvo lo dispuesto en el apartado vigésimo segundo de la Orden para los Gerentes y Directores de Centros Penitenciarios y Centros de Inserción Social, en cuanto al traslado de los penados ya clasificados en tercer grado al Centro de Inserción Social de la misma provincia.

7. Autorizar el desplazamiento de los penados por sus propios medios, sin vigilancia.

8. Acordar el destino de internos a unidades dependientes de los establecimientos penitenciarios.

9. Autorizar la asistencia a instituciones extrapenitenciarias para tratamientos específicos a los clasificados en tercer grado.

Esta reforma la hemos de valorar como muy positiva puesto que ahorra trabajo en los Servicios Centrales de la SGIIPP y reduce en gran medida los plazos de resolución de las propuestas de clasificación y revisión de grado, beneficiando a los internos puesto que reciben con mayor rapidez sus resoluciones que en muchos casos eran muy prolongados.

5. Normas para la tramitación del tercer grado

La clasificación en primer y tercer grado requiere el cumplimiento de una serie de factores y normas mucho mayor, lógicamente, que para el segundo; por ello y debido al aumento de los nuevos requisitos que establece la LO 7/2003, de 30 de junio, la SIIPP elaboró la Inst. 9/2003 de 25 de julio, que estableció las “*Normas para tramitación de las propuestas de tercer grado por las Juntas de Tratamiento*”, la cual fue derogada por la Inst. 2/2004, de 16 de junio, que mantenía la mayoría de los criterios de aquella pero ésta a su vez fue sustituida por la Inst. 2/2005, de 15 de marzo, en la que se indican los nuevos criterios que deben valorarse para la clasificación inicial o progresión a tercer grado. Sólo se exceptúa de estos nuevos factores cuando la propuesta de tercer grado lo sea en base al art. 104.4 RP (por enfermedad grave e incurable)¹¹¹⁹, en este mismo sentido se pronuncia la Inst. 9/2007.

La Inst. 7/2010, de fecha 14 de diciembre, que regula el periodo de seguridad ha derogado los puntos 1.1, 1.2 y 1.5 c) y d) de la Inst. 2/2005, pero continúan vigentes los siguientes criterios:

1. Con independencia de las características penales de cada caso -tipo delictivo y duración de la condena-, la actuación de clasificación de las Juntas de Tratamiento deberá tomar en consideración *los principios introducidos por la Ley Orgánica 7/2003*, en cuanto a la importancia de la evolución favorable en el tratamiento reeducador y pronóstico de reinserción social así como al resarcimiento por parte de penado del daño ocasionado por el delito, valorando tales extremos con *criterios objetivos*.

2. Cuando vaya a formularse propuesta de clasificación en tercer grado de un interno se tendrá en cuenta la posible existencia de *otras responsabilidades* penales en curso que no se

¹¹¹⁹ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., *Manual de...*, op. cit., pág. 364

encuentren aún penadas, procurando recabar toda la información disponible sobre ellas (tipo delictivo, petición fiscal, etc.) e incluyendo la misma en la propuesta.

Es cierto que existe y debe tenerse en cuenta el derecho constitucional a la presunción de inocencia (art.24 de la Constitución) pero si el interno tiene una causa grave (homicidio, violación, etc.) o muchas causas pendientes en fase de instrucción o recurridas, esto puede indicarnos la existencia de una carrera criminal consolidada, además que al estar en esa situación puede influir en el quebrantamiento para eludir la acción de la justicia. Compartimos la posición de **Racionero Carmona**¹¹²⁰ en que es importante tener en cuenta la causa o causas pendientes ya que el art. 108.3 RP permite que el Director del Establecimiento pueda suspender la salida de los internos clasificados en tercer grado y su pase provisional a régimen ordinario hasta que la Junta de Tratamiento estudie la reclasificación correspondiente, cuando aquellos fueren detenidos, ingresados en prisión como presos preventivos, procesados o imputados judicialmente por presuntas nuevas responsabilidades. Por lo tanto, si la simple imputación judicial es suficiente para la regresión cautelar a segundo grado, también lo debe ser a la inversa, para valorar esta situación procesal como impedimento o "freno" para acceder al tercer grado. En el mismo sentido se pronuncia **Fernández Arévalo**, quien manifiesta que el año 2003 se articularon unas reformas introducidas por Leyes Orgánicas 7, 13 y 15/2003, que en estas figuras pretendieron formular una objetivación de la peligrosidad criminal vinculándola a la existencia de historial delictivo plasmado en antecedentes penales y procedimientos penales activos -que en terminología penitenciaria suelen aludirse como causas penales pendientes de sustanciación¹¹²¹.

¹¹²⁰ RACIONERO CARMONA, F., *Derecho Penitenciario y...*, op. cit., pág. 141

¹¹²¹ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., "Control de la peligrosidad criminal y libertad vigilada postpenitenciaria", Ponencia en *Control de la peligrosidad criminal*, Sevilla, Junio, 2012.

En contra de este criterio se han manifestado algunos Jueces de Vigilancia y otros tribunales como la Audiencia Provincial de Madrid Sección 5ª, por ejemplo en Auto de 30 de noviembre de 1998¹¹²². En esta última línea se manifiesta **Ríos Martín**¹¹²³ y **Cervelló Donderis**¹¹²⁴.

Por todo ello, entendemos que debe haber un *juicio ponderado* entre el derecho a la presunción de inocencia y la posibilidad de acceder al tercer grado para evitar pasar a régimen abierto a internos que teóricamente cumplen los requisitos para estar en esta situación pero que quizá en poco tiempo pueden ser condenados posiblemente por asesinato, violación o por narcotráfico a gran escala..., y por ello puede haber alto riesgo de quebrantamiento.

3. Según la Inst. 7/2010 cuando la Junta de Tratamiento considere que un penado al que se le ha aplicado el periodo de seguridad de conformidad con el art. 36.2 CP y no tenga cumplido aún la mitad de la pena impuesta, se encuentra pese a ello en condiciones de acceder al tercer grado de tratamiento, solicitará al JVP la aplicación régimen general de cumplimiento siempre cuando no esté condenado por los delitos recogidos en el art. 36.2 apartados a), b), c) y d). A la propuesta de tercer grado se acompañará copia de la sentencia en la que se aplica el periodo de seguridad y el informe específico sobre el pronóstico individualizado y favorable de reinserción social del interno a

¹¹²² Otro ejemplo el Auto 411/99, de 29-3-1999, del JVP nº de Madrid: “El interno tiene pendiente un juicio en el Juzgado de lo Penal nº 1 de Alcalá. Su celebración, suspendida en varias ocasiones, está prevista para el 28 de junio de este año. Pero esa pendencia no puede afectar a la pretendida progresión de grado, pues *lo contrario supondría desconocer el contenido y alcance de la presunción de inocencia*. El interno/acusado puede ser absuelto, en cuyo caso la valoración del juicio pendiente como elemento desfavorable le habría perjudicado sin motivo. Y si es condenado la condena producirá por sí sus efectos penitenciarios”.

¹¹²³ RÍOS MARTÍN, J. C., *Manual de...*, op. cit., pág. 104

¹¹²⁴ CERVELLÓ DONDERIS, V. “La clasificación en tercer grado como instrumento de resocialización” en libro *El Juez de Vigilancia Penitenciaria y el tratamiento penitenciario*, CGPJ, Madrid, 2005, pág. 189-190

que se refiere el art. 36.2 CP, que se realizará con la valoración de las circunstancias personales y la evolución del tratamiento reeducador del penado teniendo en consideración los siguientes criterios:

- Asunción o no del delito: reconocimiento y valoración por el interno del significado de su conducta recogida en los “hechos probados”.

- Actitud respecto a la víctima o víctimas: compromiso firmado de arrepentimiento y asunción o reparación de las consecuencias derivadas del delito.

- Conducta efectiva llevada a cabo en libertad, en su caso, entre la comisión del delito y el ingreso en prisión, y pruebas que la avalen.

- Participación en programas específicos de tratamiento tendentes a abordar las carencias o problemas concretos que presente y que guarden relación con la actividad delictiva, así como la evolución demostrada en ellos.

Como vemos para levantamiento del periodo de seguridad se exigen numerosos requisitos que deben reunir los penados para poder solicitar al JVP el levantamiento del periodo de seguridad y la vuelta al régimen general, algunos de ellos son difíciles de cumplir, sobre todo si el interno acaba de ingresar en prisión, lo cual puede obstaculizar la clasificación en tercer grado hasta que no los cumpla. Una vez se tengan estos factores cumplidos nada impide su clasificación en tercer grado si el JVP lo aprueba, pero para ello es necesario el pronóstico favorable de reinserción emitido por la Junta de Tratamiento. Es curioso que este pronóstico viene a ser como una anticipación del requerido para la libertad condicional (art. 67 LOGP) pero elaborado cuando al penado le falta por cumplir más de la mitad de la pena con lo que hace más complicado el juicio de probabilidad sobre el comportamiento del sujeto en libertad y, por tanto, ese pronóstico debe ser a corto plazo valorando su futuro comportamiento en régimen abierto que es donde puede ser destinado el interno si accede al tercer grado.

En la Inst. 9/2003 establecía que en su apartado d): "A la recepción de dicha propuesta condicionada, el Centro Directivo adoptará decisión sobre la aplicabilidad o no del tercer grado al interno, sometiendo, en su caso, a la aprobación del JVP la posibilidad de aplicar al penado el régimen general de cumplimiento, de forma previa a la adopción de resolución de tercer grado (En estos casos, según establece el art. 45.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se suspenderá el plazo máximo legal para la resolución de la referida propuesta hasta el momento en el que se reciba el pronunciamiento del JVP)". Es lógico que se pudiese suspender el plazo para la resolución del tercer grado por parte de la Administración Penitenciaria dado que primero debía pronunciarse el JVP sobre el levantamiento del periodo de seguridad, y si éste lo aprobaba, sólo en este momento podría aprobarse la clasificación en tercer grado. Pero se podría adelantar tiempo si la propuesta de levantamiento del periodo de seguridad se remitiese directamente por la Junta de Tratamiento al JVP competente, y fuese aprobado la vuelta al régimen general, la propia Junta enviaría la propuesta de tercer grado al Centro Directivo para su aprobación. Esto que exponemos es lo que hizo la Inst. 2/2004 y mantiene la Inst. 2/2005, con lo que al remitir la propuesta de levantamiento la Junta directamente al JVP se adelanta mucho tiempo. Si este órgano judicial aprueba el levantamiento, se deberá remitir propuesta de tercer grado al Centro Directivo adjuntado este documento.

También cabe destacar que la Inst. 9/2003 establecía que la Junta de Tratamiento "*podrá*" formular la propuesta de levantamiento del periodo de seguridad, lo cual parecía indicar cierta discrecionalidad; pero la Inst. 2/2004 y la Inst. 2/2005 son imperativas y ordenan "*solicitará*" al JVP dicho levantamiento, con lo que es obligatorio hacerlo si el penado reúne los requisitos que indica el art. 36.2 CP.

4. Ni la LOGP ni el CP prevén qué ocurre si a un interno clasificado en tercer grado le llega una responsabilidad penada con penas superior a cinco años que tenga aplicado el periodo de seguridad según establece el art. 36.2 CP, por ello la Inst. 7/2010

establece que cuando a un interno clasificado en tercer grado le llegue una nueva responsabilidad penada, produciéndose así la situación de que pasa a no tener cumplida la mitad de la pena, la Junta de Tratamiento procederá a revisar su clasificación con el fin de realizar una valoración actualizada de todas las variables del interno. En el caso de que el JVP no hubiera efectuado con anterioridad pronunciamiento sobre la aplicación al interno del régimen general de cumplimiento y la Junta de Tratamiento considere que el interno debe continuar en tercer grado, siempre y cuando la nueva causa penada no lo sea por algunos de los delitos recogidos en los apartados a), b), c) y d) del art. 36.2 CP, solicitará al Juzgado de Vigilancia la aplicación del régimen general de cumplimiento; en caso contrario, propondrá al Centro Directivo, en informe motivado, su regresión al segundo grado. Esta regresión también se adoptará cuando la nueva causa penada sea por algunos de los delitos recogidos en los apartados a), b), c) y d) del art. 36.2 CP.

Recibido el pronunciamiento judicial solicitado sobre la aplicación del régimen general de cumplimiento, la Junta de Tratamiento formalizará acuerdo de continuidad en tercer grado, sin que resulte necesaria su remisión al Centro Directivo siempre que el mismo se adopte por unanimidad.

Si el JVP no procede al levantamiento del periodo de seguridad, la Junta de Tratamiento formulará al Centro Directivo, de forma preceptiva y urgente, propuesta de regresión de grado.

La Inst. 9/2003 establecía que dicha revisión de clasificación se debía remitir de forma preceptiva al Centro Directivo, con sus informes complementarios, antes del pronunciamiento del JVP. Con la Inst. 2/2004 y la Inst. 2/2005 se aceleran los trámites dado que la remite directamente la Junta de Tratamiento al JVP. En este sentido se pronunció **Ríos Martín**¹¹²⁵ indicando que esta reforma hace que la resolución sea más rápida.

¹¹²⁵ RÍOS MARTÍN, J. C., *Manual de...*, *op. cit.*, pág. 94

Con la obligación establecida en la Inst. 7/2010 se trata de evitar que internos a los que les lleguen una nueva causa penada en la que se le aplica el periodo de seguridad, ya sea por imperativo legal o por el Juez o Tribunal sentenciador, puedan eludir el control por parte del JVP si no tienen cumplida la mitad de la pena.

En la XIII Reunión de Jueces de Vigilancia, celebrada en Valencia en Marzo de 2004, se acordó: “*Procede instar a la DGIIPP para que, en los supuestos de internos clasificados en tercer grado a los que llegue una nueva responsabilidad penada superior a 5 años en la que tenga que exigirse el periodo de seguridad, arbitre un procedimiento clasificatorio de urgencia a fin de que el penado obtenga su clasificación en tercer grado, si se dan los presupuestos legales, en el menor tiempo posible*”.

Por otro lado, se pretende que quien ya está clasificado en tercer grado con una evolución positiva, no se vea perjudicado al llegarle una nueva causa, con aplicación del periodo de seguridad, anterior en el tiempo a la clasificación. Este debe obtenerse de la forma más rápida posible y conjuntamente con la clasificación a tercer grado, siempre que se diesen los requisitos legales para ello, cosa que no podrá ocurrir hasta que no cumpla del mitad de la pena cuando la nueva causa sea por algunos de los delitos recogidos en los apartados a), b), c) y d) del art. 36.2 CP,

Respecto a este tema el criterio 49 de la XIV reunión de Jueces de Vigilancia, considera que no existe impedimento legal para que el JVP vía recurso del penado pueda, en unidad de auto y de acto concretamente al tiempo que resuelve el recurso sobre la clasificación en tercer grado, alzar el periodo de seguridad a fin de aplicar el contenido de dicho precepto.

Por lo que respecta al requisito de *satisfacción de la responsabilidad civil*, la Inst. 7/2010 no ha derogado la Inst. 2/2005 que por tanto sigue vigente en la regulación de esta materia, estableciendo que a todas las propuestas de tercer grado se adjuntará copia del “Fallo” de las sentencias que se encuentre cumpliendo el interno. En el caso de que en alguna de ellas venga impuesta responsabilidad civil, se recabará del Tribunal

sentenciador la pieza de responsabilidad civil o informe que acredite la satisfacción o no de la misma. Esta actuación deberá llevarse a cabo con la antelación suficiente que permita disponer de esta documentación a la hora de considerar la posible clasificación en tercer grado del interno.

La Inst. 9/2003 y la Inst. 2/2004 establecían: *“Cuando se trate de delitos singularmente recogidos en el artículo 72.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, será preceptivo, para formulación de propuesta de tercer grado, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil o exista informe judicial que acredite que el mismo se encuentra en condiciones de hacerlo por la existencia de aval o cualquier otra fórmula considerada suficiente por el Tribunal”*.

La Inst. 2/2005 ha derogado este último apartado e indica que: *“El termino singularmente no introduce un diferente tratamiento jurídico penitenciario para los penados que cumplan su condena por estos delitos, valorándose tanto el criterio objetivo como la voluntad y la capacidad de pago apreciada en los factores señalados anteriormente, si bien de manera más destacada que en los demás delitos”*.

Respecto al pago preceptivo para acceder a tercer grado por los delitos *singulares* recogidos en el art. 72.5 LOGP volvemos a insistir que en la LO 7/2003, de 30 de junio, no se indica que haya un régimen especial ordene que el pago sea realmente necesario para obtener el tercer grado, lo que sí ha de valorarse negativa y *especialmente* es la no satisfacción de la responsabilidad civil pudiendo realmente hacerlo, por lo que nos parece acertada la reforma introducida por la Inst. 2/2005, de 15 de marzo.

La remisión del "Fallo" unido a la propuesta de clasificación, a veces, sirve de poco pues no consta si hay responsabilidad civil, la cantidad, si ésta ha sido satisfecha, si el penado es insolvente, etc.

La Inst. 2/2005 establece que si el penado no ha satisfecho aún la responsabilidad civil impuesta o ha sido declarado insolvente en sentencia, la Junta de Tratamiento

valorará la actitud y comportamiento efectivos del interno tendentes a resarcir el daño ocasionado por el delito, debiendo elaborar *informe*, de forma previa, sobre si el penado se encuentra en *disposición de hacerlo y las condiciones que acepta* para que ello se lleve a cabo en un futuro, durante el cumplimiento de la condena¹¹²⁶.

Según la Inst. 9/2003 el informe relativo a los aspectos del comportamiento postdelictual del interno se debía remitir, antes de formular propuesta de tercer grado, al JVP, solicitando el pronunciamiento de dicho órgano judicial sobre si, a la vista del mismo, resultaba satisfactorio el comportamiento y disposición del penado para hacer frente a su responsabilidad civil, de forma que posibilite una propuesta de tercer grado, de conformidad con el artículo 72.5 de la LOGP, quedando a lo que acordase este órgano judicial. Dicho pronunciamiento debía adjuntarse, en su momento, a la propuesta de tercer grado. Casi todos los Jueces de Vigilancia, como el de Valencia (Providencia de 29 de septiembre de 2003), se declararon no competentes para conocer de forma previa estos informes, si bien sí que manifestaron que lo harían en fase de recurso si se les planteaba. No cabe duda que como ya hemos apuntado que el órgano judicial más adecuado para valorar el comportamiento postdelictual del penado es el Juez o Tribunal sentenciador que es el encargado de tratar de que se satisfaga la responsabilidad civil derivada del delito, así fue entendido por la Generalitat de Catalunya al regular esta materia en su Circular 1/2003, de 22 de septiembre, al indicar que se debe valorar positivamente para la clasificación en tercer grado el compromiso serio de pago ante los órganos judiciales, esta misma circular defiende la aplicación analógica de los arts. 81 y 88 CP. Compartimos que no es el JVP el órgano competente pues como indicaba el CGPJ en su informe al Anteproyecto de la LO 7/2003 es el juez o tribunal sentenciador el más adecuado para esto. Por tanto, entendemos que esta circular de la Generalitat es más flexible que la Inst. 2/2004 de la DGIIPP pues aquella indica que se debe valorar

¹¹²⁶ En este sentido se ha pronunciado RÍOS MARTÍN, J. C., *Manual de...*, *op. cit.*, págs. 101-102

muy positivamente el esfuerzo reparador del penado con la víctima del delito y no sólo el pago objetivo de la responsabilidad civil.

En la práctica penitenciaria se da gran importancia al acuerdo de pago aplazado aprobado por los jueces y/o tribunales sentenciadores y todo ello en base al art. 125 CP que determina: “ Cuando los bienes del responsable civil no sean bastantes para satisfacer de una vez todas las responsabilidades pecuniarias, el *Juez o Tribunal*, previa audiencia al perjudicado, *podrá fraccionar su pago*, señalando según su prudente arbitrio y atención a las necesidades del perjudicado y a las responsabilidades económicas del responsable, el período e importe de los plazos”. Este artículo cobra tras la LO 7/2003, de 30 de junio, una mayor importancia puesto que al exigirse el tener satisfecha la responsabilidad civil, como uno de los requisitos, para acceder al tercer grado o a la libertad condicional, queda al arbitrio judicial el aprobar el pago fraccionado, pero como éste debe aprobarse previa audiencia del perjudicado, y éste puede influir en la citada aprobación o denegación de dicho pago fraccionado, y, consecuentemente, esto puede determinar el acceso al tercer grado o a la libertad condicional.

Por todo lo expuesto, la Inst. 2/2004 modifica este procedimiento, y establece que cuando no se produce el pago efectivo de la responsabilidad civil es la Junta de Tratamiento la que debe valorar la situación económica del penado y la posibilidad de que éste pueda realizar el pago durante el cumplimiento de la condena pero, como ya hemos indicado anteriormente, no consideramos que este órgano sea el más adecuado para realizar dicha valoración por falta de medios para saber cual es la verdadera capacidad económica del interno; sobre lo que sí podrá informar es si aquél cuenta con una oferta laboral o con posibilidades de obtener un trabajo para satisfacerla y del compromiso alcanzado para hacerlo. Por tanto, sí que estamos de acuerdo en que la información de la Junta de

Tratamiento, como dice **González del Pozo**¹¹²⁷, puede servir: *"Para estimar qué garantías existen que permitan asegurar la satisfacción futura de la responsabilidad independiente a partir del momento de la salida de la prisión (ordinaria) se deben evaluar especialmente sus condiciones personales como capacitación profesional para el desempeño de un trabajo en el exterior, los hábitos laborales que posee el penado, si existe o oferta laboral y ésta se refiere a empleo estable o temporal, las cargas familiares que deba asumir el penado. Sólo así se podrá hacer un juicio pronóstico de su capacidad real, presente y futura, para satisfacer la responsabilidad civil"*.

La Inst. 2/2005, mantiene similares criterios respecto a la responsabilidad civil que la Inst. 2/2004 pero añadiendo que: *"Dichos requisitos serán exigidos con mayor rigor en los supuestos contemplados en el art. 72.5 de la LOGP"*. Recordamos que la Inst. 9/2007 ordena que: *"Salvo en los supuestos del art. 104.4, en que razones de dignidad y humanidad determinan su concesión, en todos los casos de clasificación en tercer grado, (...) que se haya satisfecho la responsabilidad civil o que no habiéndose satisfecho haya un compromiso de pago, valorándose especialmente en este aspecto las posibilidades y facilidades que el régimen abierto puede aportar para su satisfacción.*

Ordena la Inst. 2/2005 no tendrán efectos ejecutivos los acuerdos de clasificación en tercer grado adoptados por las Juntas de Tratamiento sobre *penados con condenas de hasta un año* según el art. 103.7 del Reglamento Penitenciario, *si existiere responsabilidad civil no satisfecha*. En este caso, las propuestas se tramitarán conforme al procedimiento ordinario. La Inst. 9/2007 no dice nada al respecto por lo cual entendemos que sigue vigente lo ordenado por la Inst. 2/2005 en esta materia. En este apartado la SGIIPP realiza una especie de *avocación* de competencias al ordenar que si no está satisfecha la responsabilidad civil la aprobación de la clasificación en

¹¹²⁷ GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., "La satisfacción de la responsabilidad civil...", *op. cit.*, pág. 9

tercer grado en base al art. 103.7 RP realizada por al Junta de Tratamiento será nula y que ella dictará una nueva resolución.

La valoración de la Inst. 2/2004 respecto a la derogada Inst.9/2003 es positiva puesto que aquélla otorga mayor discrecionalidad a la Junta de Tratamiento para valorar el pago futuro de la responsabilidad civil durante el cumplimiento de la pena y también flexibiliza los procedimientos ahorrando con ello trámites y tiempo para la clasificación en tercer grado. A su vez la Inst. 2/2005, de 15 de marzo, ha mejorado la regulación para el acceso al tercer grado pues aplica la mayoría de los criterios de la XIII Reunión de Jueces de Vigilancia del año 2004 y de los pronunciamientos realizados por las Salas de Apelación de la Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria, así como los de gran parte de la doctrina respecto al periodo de seguridad y de la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito. Por su parte la Inst. 7/2010 sólo regula los requisitos para tramitar la propuesta de tercer grado cuando el penado tenga aplicado el periodo de seguridad al haber sido reformado el art. 36.2 CP por la LO 5/2010, no entrando para nada en el tema de la responsabilidad civil puesto que no se ha visto afectado por dicha ley el art. 72.6 de la LOGP que regula esta materia.

6. El control jurisdiccional de la clasificación

Para finalizar este capítulo consideramos necesario analizar los posibles recursos que se pueden interponer frente a la clasificación o revisión de grado.

Lo primero que hemos de destacar es que no existe una regulación del procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria¹¹²⁸. La orfandad normativa ha generado una

¹¹²⁸ SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J., “El Juez en la ejecución de las penas privativas de libertad”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, pág. 8, consultada 15/11/2012. El día 4 de abril de 1997 el Consejo de Ministros aprobó el Proyecto de Ley Orgánica Reguladora del procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria. Iniciada su tramitación

dinámica judicial centrada en diseñar y actualizar periódicamente criterios de actuación de los mismos. Estos criterios aprobados en las reuniones de los Jueces de Vigilancia carecen de vinculación jurídica, pero tratan de ofrecer unas pautas de solución común que palien, en la medida de lo posible, una significativa disparidad de criterios¹¹²⁹.

Los recursos sobre clasificación o revisión de grado de los internos, están encomendados en virtud de la LOPJ (art. 82 y Disp. adic. 5.^a) y LOGP (art. 76) a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, que se encuentran incardinados en el orden jurisdiccional penal. Según el art. 76.2.f LOGP es competencia JVP resolver los recursos referentes a la clasificación inicial y progresión y revisión de grado.

El art. 82.1 LOPJ dice: *"Las audiencias provinciales conocerán en el orden penal de los recursos que establezca la ley contra las resoluciones de los jueces de vigilancia penitenciaria en materia de ejecución de penas y del régimen de su cumplimiento"*. Y por su parte, la Disp. Adic. 5.^a de la LOPJ establece: *"Las resoluciones del juez de vigilancia en materia de ejecución de penas serán recurribles en apelación y queja ante el tribunal sentenciador, excepto cuando se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa que no se refiera a la clasificación del penado"*.

La importante reforma de la LO 5/2003 de la Disposición adicional quinta aclara que frente a las resoluciones de los Jueces de Vigilancia caben los recursos de reforma, apelación, queja y casación.

parlamentaria caducó por la disolución de la VI legislatura, sin que se haya propuesto un nuevo texto jurídico para su aprobación.

¹¹²⁹ RACIONERO CARMONA, F., "La norma reguladora del procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria", *Cuadernos de Derecho Judicial*, XVII, 2003, pág. 104

a) Recurso de alzada

Ante la resolución administrativa de clasificación penitenciaria cabe recurso de alzada ante el JVP. Son diversas las posiciones doctrinales y prácticas que se han venido manteniendo en lo relativo al plazo de impugnación de los actos y resoluciones de la Administración Penitenciaria ante el JVP:

-Quienes estiman de aplicación subsidiaria la Ley de Enjuiciamiento Criminal señalan un plazo de cinco días a tenor del art. 212 de la citada Ley.

-Quienes consideran que debe acudirse a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común consideran que el plazo será el de un mes. Este criterio es el que maneja la DGIIPP y la Administración Penitenciaria Autonómica de Cataluña en lo referente a los recursos planteados ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria sobre clasificación inicial, progresión y regresión de grado.

-Quienes consideran que debe mantenerse por analogía el plazo de cinco días que se señala en el Reglamento Penitenciario en materia de recursos relativos a sanciones disciplinarias.

-Quienes valoran que el silencio legal, salvo materia disciplinaria, implica que no puede establecerse plazo alguno más allá del que se deriva de la propia efectividad de la resolución que se recurre, por ejemplo, en materia de recursos contra resoluciones de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias manteniendo el segundo grado, el límite estaría en el plazo legal máximo de revisión, de seis meses.

En la práctica se acude frecuentemente al de los tres días fijados para el recurso de reforma, respetándose el plazo indicado por la Administración Penitenciaria, al notificar el acuerdo, si fuere superior. Pero baste aquí recordar que el único caso en que se establece un plazo para recurrir ante resoluciones de la Administración Penitenciaria es el de cinco días fijado en el artículo 248.b RP cuando se refiere al recurso sobre

sanciones, y que por tanto, como opina **Cervelló Donderis**¹¹³⁰, podría ser por analogía, el utilizado para los recursos sobre clasificaciones o revisiones de grado ante el JVP, además este era el plazo establecido en el Texto del Proyecto de 1997 Ley Orgánica Reguladora de los Procedimientos ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria en su art. 44.

Por el contrario, **Racionero Carmona**¹¹³¹ considera que el plazo debe ser de diez días al entender que es aplicable, a falta de regulación expresa, la Ley de Protección de Derechos Fundamentales de la Persona al tratarse de una cuestión que afecta directamente al derecho a la libertad, pero este precepto fue derogado por la Disposición Derogatoria primera c) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 29/1998, de 13 de julio.

El acuerdo de la SG IIPP en virtud del cual se clasifica al interno, se trata de una declaración de voluntad emanada de la Administración, en la cual, previamente y a través de la propuesta de la Junta de Tratamiento, se han ponderado las diferentes variables y criterios que recoge el art. 107 RP para determinar la clasificación. Por tanto, no cabe duda de la incontrovertible naturaleza administrativa que disfrutaban los acuerdos clasificatorios de la Administración Penitenciaria.

Debe quedar claro que el JVP sólo puede intervenir para conocer sobre clasificación vía de recurso, que es precisamente como se ejerce el control jurisdiccional de la actividad de la Administración Penitenciaria¹¹³². Por ello, mantiene **Racionero Carmona**¹¹³³ en relación con el acuerdo clasificatorio que "... en

¹¹³⁰ CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho...*, op. cit., 1ª Ed., pág. 124; 3ª Ed., pág. 148

¹¹³¹ RACIONERO CARMONA, F., *Derecho Penitenciario y...*, op. cit., pág. 155

¹¹³² FERNÁNDEZ GARCÍA, J. "La necesidad del control judicial de las penas", Universidad Salamanca. Mayo 2004, pág.7

¹¹³³ RACIONERO CARMONA, F., *Derecho Penitenciario y...*, op. cit., pág. 144

el bien entendido que la vía judicial sólo se abre en este ámbito si hay un recurso, sea del interno, sea del Ministerio Fiscal. Y si no lo hay, la clasificación administrativa permanece, sin que el órgano judicial pueda modificarla". En efecto, si no hay recurso ante el JVP, el acto administrativo, la clasificación, permanece, desplegando sus efectos, y conservando sus cualidades innatas, pero, si se recurre, como su control se residencia en el orden jurisdiccional penal, ese acuerdo administrativo pleno de eficacia pierde la misma a favor de la resolución del JVP no firme, que goza de los privilegios que antes disfrutaba el acuerdo administrativo, pues como dice el citado autor: *"debe prevalecer, en todo caso, la resolución jurisdiccional revocatoria de un acto administrativo clasificatorio firme y, por tanto, quedar suspendidos los efectos de las resoluciones de la Dirección General de IIPP en esta materia aún cuando aquélla sea firme"*.

En el criterio 92 de la XII la Reunión de Jueces de Vigilancia celebrada en el año 2003, respecto al plazo para impugnar un acto administrativo, acordaron que *"El plazo para impugnar ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria cualquier acto o resolución de la Administración Penitenciaria, será de un mes, salvo que la Ley o el Reglamento establezcan cualquier plazo diferente"*. En las citadas Jornadas se aprobó que con la excepción legal del ámbito disciplinario, que el plazo para recurrir sea de un mes. Por tanto, este plazo afecta a las resoluciones en materia de clasificación. Así pues este es el plazo a tener en cuenta a la hora de interponer este recurso.

b) Recurso de reforma

Una vez resuelto el recurso de alzada, se puede interponer el de reforma, establecido en el art. 217 de la LECrim; la Disposición adicional quinta tras la LO 5/2003, de 25 de mayo, así lo establece: *"El recurso de reforma podrá interponerse contra todos los autos del Juez de Vigilancia Penitenciaria"*.

Este recurso se interpone ante el mismo JVP en el plazo de los tres días siguientes a la notificación (art. 211 LECrim.).

Según la Disposición adicional quinta de la LOPJ no es necesario abogado ni 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 JVP al segundo día de entregadas las copias, se haya presentado o no escrito de alegaciones.

El recurso de reforma es potestativo¹¹³⁴, pudiéndose interponer directamente el de apelación así lo refleja el art. 767. 2 LECrim.: *“el recurso de apelación podrá imponerse subsidiariamente con el de reforma o por separado. En ningún caso será necesario interponer previamente el de reforma para presentar la apelación”*.

c) Recurso de apelación

Según la Disposición adicional quinta de la LOPJ: *“Las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en materia de ejecución de penas serán recurribles en apelación y queja ante el tribunal sentenciador, excepto cuando se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa que no se refiera a la clasificación del penado”*.

El problema se plantea en el caso de que el penado se halle cumpliendo varias penas, entonces según, la citada Disposición quinta, la competencia para resolver el recurso corresponderá al juzgado o tribunal que haya impuesto la pena privativa de libertad más grave, y en el supuesto de que coincida que varios juzgados o tribunales hubieran impuesto pena de igual gravedad, la competencia corresponderá al que de ellos la hubiera impuesto en último lugar.

Pero este principio se rompe cuando quien haya dictado la resolución recurrida sea un Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, tanto en materia de ejecución de penas como de

¹¹³⁴ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., *Manual de..., op. cit.*, pág. 78

régimen penitenciario y demás materias, la competencia para conocer del recurso de apelación y queja, siempre que no se haya dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa, corresponderá a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Por tanto, las apelaciones de todos los autos del Juez Central de Vigilancia son recurribles, trátase de la materia que sea, y según expresamente prevé el nº 5 de la Disposición adicional 5ª de la LOPJ, ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, por lo que los Juzgados Centrales Penales, en los casos de materias de ejecución de penas, pese a ser los juzgados sentenciadores en muchos casos, no conocerán nunca de dichas apelaciones.

En aquellas Audiencias donde haya más de una sección, mediante las normas de reparto, se atribuirá el conocimiento de los recursos que les correspondan según esta disposición, con carácter exclusivo, a una o dos secciones.

Este recurso era subsidiario del de reforma y, por tanto, sólo se podía interponer cuando previamente se hubiese ejercitado el de reforma, aunque era posible interponerlos conjuntamente. Actualmente el recurso de reforma es facultativo, pudiéndose interponer directamente el de apelación según establece el indicado art. 767.2 LECrim.¹¹³⁵.

Conde-Pumpido Tourón¹¹³⁶ manifiesta que con este sistema de recursos se evita que los criterios aplicables en definitiva queden en manos de la Administración penitenciaria, trasladando al preso de Centro, y se reafirma el control sobre la efectividad de la ejecución del propio Juez o Tribunal sentenciador; evitando también que el órgano que ha dictado la sentencia quede prácticamente ajeno a la ejecución de la pena privativa de libertad que el mismo impuso.

¹¹³⁵ RÍOS MARTÍN, J. C, *Manual de...*, op. cit., pág. 447.

¹¹³⁶ CONDE-PUMPIDO TOURÓN. "Ejecución de las penas privativas de libertad como función jurisdiccional", *Derecho y prisiones hoy*, Cuenca, 2003, págs. 58-59

Una de las críticas que se hace a la LO 5/2003, de 25 de mayo, es el hecho de que desvirtúa propiamente la apelación, como recurso devolutivo, ya que en muchas ocasiones el tribunal sentenciador no será el superior jerárquico del JVP, y, sobre todo, el propiciar una dispersión de criterios que, precisamente, fue lo que pretendió evitar el Proyecto de Ley Orgánica Reguladora del Procedimiento ante los Jueces de Vigilancia de 1997 que centralizaba las apelaciones en los Tribunales Superiores de Justicia.

Según la Disposición adicional quinta apartado ocho: "*El recurso de apelación contra las resoluciones de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria se tramitará con arreglo a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal relativas al Procedimiento Abreviado*".

Se han venido manteniendo entre los Jueces de Vigilancia Penitenciaria distintos criterios en materia del procedimiento a seguir en la tramitación del recurso de apelación contra sus resoluciones, esto es la alternativa entre el Procedimiento Ordinario y el Abreviado. Razones prácticas y de celeridad aconsejaban la resolución del recurso seguir los tramites del Abreviado, ya que los trámites del emplazamiento y ulterior vista ante el órgano decisor suponen grandes inconvenientes operativos, especialmente cuando el órgano decisor radica en territorio distinto.

Por tanto, consideramos acertado que la LO 5/2003, de 25 de mayo, haya ordenado que para la tramitación del recurso de apelación se utilice el Procedimiento Abreviado. Según **Ríos Martín**¹¹³⁷ la remisión ha de entenderse hecha a la regulación de la apelación frente a autos y no sentencias, es decir, al actual art. 766 de la LECrim. (Ley 38/2002), por lo que el recurso de reforma puede entenderse facultativo. El plazo de interposición será de cinco días. Por el contrario, **Thomas Andreu**¹¹³⁸,

¹¹³⁷ RÍOS MARTÍN, J. C., *Manual de...*, op. cit., pág. 403

¹¹³⁸ THOMAS ANDREU, "Procedimiento de apelación", *XIII Reunión Jueces de Vigilancia*, Valencia, 2004.

defiende la aplicación en este recurso del procedimiento del art. 790 LECrim., entre otros motivos porque los plazos de interposición y alegaciones son más amplios (10 días frente a los 5 del art. 766), garantiza el conocimiento de las alegaciones impugnatorias del recurso, permite la proposición de prueba en segunda instancia y hay una más amplia posibilidad de celebración de vista, excepcional en el art. 766.

Como vemos, esta disparidad de criterios en los procedimientos ante los Juzgados de Vigilancia crea inseguridad jurídica y aconseja que se apruebe lo antes posible una ley que regule los citados procedimientos; basta aquí recordar que el Anteproyecto de ley de 1997 sobre esta materia fue valorado muy positivamente tanto por la doctrina como por la magistratura, por lo que convendría impulsar nueva ley para regular esta materia. En este sentido se han pronunciado reiteradamente los Jueces de Vigilancia, como en sus Conclusiones del año 2008 donde acordaron que *“Es preciso aprobar la ley de procedimiento de ejecución penal, en la que se pauten las diferentes actuaciones judiciales (derecho de defensa, intervención de las partes, clases de recursos, plazos, etc.) y además delimite las competencias entre los tribunales sentenciadores y los juzgados de vigilancia penitenciaria”*.

Con la reforma de la LO 5/2003 del recurso de apelación se plantean varios problemas:

- Se dificulta en gran medida el derecho de defensa y 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 enormemente¹¹³⁹.

- En el caso de que a un recluso le vayan llegando nuevas causas penadas el órgano encargado de resolver el recurso de apelación puede ir variando constantemente, incluso hasta

¹¹³⁹ GARCÍA ALBERO, R. y TAMARIT SUMALLA, J. M^a, *La reforma de...*, *op. cit.*, pág. 143

producirse casos de autoinculpación de delitos para elegir " *a la carta*" el juez o tribunal sentenciador que le interese al penado a efectos de la progresión de grado.

- Este cambio legislativo origina que en un mismo Establecimiento Penitenciario se produzcan orientaciones jurisprudenciales diversas en materia de clasificación, lo cual puede dar lugar a que los internos entiendan que se producen *agravios comparativos* tensionando con ello la convivencia carcelaria.

d) Recurso de queja

Contra el Auto del JVP que inadmita a trámite un recurso de apelación, cabe recurso de queja, para cuya interposición también se precisa asistencia letrada. La LO 7/2003 ha introducido el apartado cuarto de la Disposición adicional quinta de la LOPJ: "*El recurso de queja a que se refieren los apartados anteriores sólo podrá interponerse contra las resoluciones en que se deniegue la admisión de un recurso de apelación*".

Se interpone ante el Tribunal sentenciador, que pedirá el informe correspondiente al JVP, tras lo que pasará a informe del Ministerio Fiscal para que emita informe en el término de tres días, siendo resuelto, seguidamente, por el tribunal o juzgado sentenciador (art. 233 y ss. LEcrim.).

e) Recurso de casación para unificación doctrina.

Este nuevo recurso fue introducido por la LO 5/2003 en el apartado séptimo de la Disposición adicional quinta: "*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, podrán interponer, el Ministerio Fiscal y el letrado del penado, recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, el cual se sustanciará conforme a lo prevenido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el recurso*

de casación ordinario, con las particularidades que de su finalidad se deriven. Los pronunciamientos del Tribunal Supremo al resolver los recursos de casación para la unificación de doctrina en ningún caso afectarán a las situaciones jurídicas creadas por las sentencias precedentes a la impugnada". Por tanto, como dice **Téllez Aguilera**¹¹⁴⁰, la distinción entre materias de ejecución de penas y régimen penitenciario lleva a que la clasificación penitenciaria de un penado condenado por un Juzgado de lo Penal nunca llegue a la unificación de doctrina, por muy importante que ésta sea. Es más, ni siquiera la de un aforado condenado por un Tribunal Superior de Justicia o por el propio Tribunal Supremo. El precepto se refiere textualmente sólo a Audiencias Provinciales o Nacional.

Esta nueva interpretación permite interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo cuando el tribunal sentenciador sea la Audiencia Nacional (casos de terrorismo, narcotráfico a gran escala, delitos socioeconómicos,...) o Audiencias Provinciales cuando haya discrepancias interpretativas entre estos órganos y deban resolverse mediante la posibilidad de un recurso de casación, igualmente ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, para unificar dicha interpretación consiguiendo con ello garantizar el art. 14 de la Constitución porque la Doctrina reiterada por las Sentencias del Tribunal Constitucional 82/2001 y 27/2001, de 26 de marzo y de 29 de enero, respectivamente, en la segunda de las cuales se aborda el significado de la relación penitenciaria como una relación de sujeción especial, en la que las personas recluidas en un centro penitenciario adquieren un estatuto específico de individuos sujetos a un poder público, derivado del art. 25.2 de la Constitución, entre los cuales se encuentran los derechos fundamentales recogidos en la misma, con la excepción de los que se vean expresamente limitados por el

¹¹⁴⁰ TÉLLEZ AGUILERA, A., "Sobre la creación del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria y el nuevo sistema de recursos en la jurisdicción penitenciaria". *Revista SEPIN Práctica Penal* Nº 5 .Septiembre-octubre 2003, pág. 13

contenido del fallo, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. Y en particular -continúa la Sentencia 27/001- gozan del derecho a la igualdad, el cual se vulnera cuando ante hechos básicos semejantes con idéntica normativa aplicable, se produce una desigualdad de trato en situaciones sustancialmente iguales.

Los pronunciamientos del Tribunal Supremo en este tipo de recurso en ningún caso afectarán a "*situaciones creadas por las sentencias precedentes a la impugnada*"¹¹⁴¹, por lo que los nuevos criterios que establezca este Alto Tribunal sólo afectará a casos futuros no a aquéllos en los que ya haya resolución firme.

El Plenario de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en fecha 22 de julio de 2004 acordó sobre el recurso de casación para unificación de doctrina en materia penitenciaria, introducido por la LO 5/2003, de 27 de mayo, que modificó la Disposición Adicional 5ª de la LOPG, que puede interponerse contra los autos de las Audiencias Provinciales o de la Audiencia Nacional en materia penitenciaria en los que se resuelvan recursos de apelación que no sean susceptibles de recurso de casación ordinario. Los pronunciamientos del Tribunal Supremo al resolver estos recursos en ningún caso afectarán a las situaciones jurídicas creadas por resoluciones precedentes a la impugnada.

Según el citado acuerdo son requisitos de este recurso:

- La identidad del supuesto legal de hecho.
- La identidad de la norma jurídica aplicada.
- La contradicción entre diversas interpretaciones de dicha norma.
- La relevancia de la contradicción para la decisión de la resolución recurrida.

Este Plenario recuerda que el recurso de casación para la unificación de la doctrina en el ámbito penitenciario no es una

¹¹⁴¹ DEL MORAL, A. "Recursos frente a decisiones en materia de ejecución de penas privativas de libertad", *Curso de formación en derecho penitenciario*, Septiembre 2003, CGPJ.

tercera instancia, que han de respetarse siempre los presupuestos fácticos fijados por el Tribunal “*a quo*” y que no cabe apreciar contradicción en la aplicación de la norma cuando ello dependa de comportamientos individualizados, informes o diagnósticos personales y cuando las decisiones judiciales respeten al margen de discrecionalidad que la propia norma establezca o permita.

Para la preparación del recurso el Tribunal “*a quo*” debe comprobar:

-Que la resolución impugnada puede ser recurrida en casación para unificación de doctrina.

-Que en el escrito de preparación se ha de hacer constar la igualdad del supuesto legal de hecho y la desigualdad (contradicción) en la interpretación y aplicación de la correspondiente norma jurídica.

-Que el recurrente aporta las resoluciones de contraste o la precisa y solicita la aportación del correspondiente testimonio de las mismas, que en todo caso, el Tribunal “*a quo*” deberá examinar antes de pronunciarse al respecto.

El Tribunal “*a quo*” –previa audiencia del Ministerio Fiscal- deberá pronunciarse, motivadamente, sobre si procede, o no, tener preparado el recurso (art. 858 LECrim.).

La formalización del recurso debe realizarse ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Este recurso únicamente puede fundamentarse en la existencia de *contradicción* entre la doctrina asumida por el auto recurrido y la mantenida en la resolución o resoluciones de contraste.

La decisión del recurso debe realizarse por una Sala compuesta por cinco Magistrados, sin celebración de vista.

La sentencia decidirá cual es la interpretación correcta del precepto legal al que se refiere el Tribunal que conozca de este recurso quien no estará obligado a decidir sobre el mismo de acuerdo con alguna de las resoluciones contradictorias citadas

por la parte recurrente, ya que podrá hacerlo conforme a la doctrina que estime aplicable¹¹⁴².

¹¹⁴² Como ejemplo podemos citar la STS 10/2005, de 12 de junio, en la cual se estudió la violación del art 14 CE --principio de igualdad--. El recurrente se queja y cuestiona la interpretación que se efectuó en el Auto de la Sección IV de la Audiencia Nacional que confirmando la decisión del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, rechazó la progresión a tercer grado del recurrente por dos razones, una de ellas era una razón jurídica, al no darse el requisito legal del cumplimiento de la mitad de la pena impuesta conforme al art. 36-2° CP reformado por LO 7/2003 al que se remite el art. 72-5° LOGP, introducida por LO7/2003. La indicada STS 10/2005, de 12 junio, resolvió la no retroactividad del periodo de seguridad por ser legislación desfavorable para el penado. En relación con el recurso de casación para unificación de doctrina, se pueden ver también la STS 1097/2004, de 30 de septiembre y el Auto de 16 de junio de 2009.

Otro ejemplo es la STS 3449/2012 de fecha 27 de abril de 2012 para unificación de doctrina sobre recurso interpuesto contra el auto de la Audiencia Provincial de A Coruña, Secc. 1ª, de fecha 11 de octubre de 2011, dictado en Rollo 91/11.

El recurso de casación fue interpuesto por el Ministerio Fiscal por haberse introducido al resolver el recurso de apelación nuevos datos en el expediente del interno. El tribunal integró e la *ratio decidendi* datos relativos al interno, incorporados a su expediente con posterioridad a la decisión de la administración penitenciaria y a la resolución del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

En la citada STS 3449/2012 la argumentación jurídica es motivada de la siguiente forma: “Está fuera de duda que, desde un punto de vista legal y de dogmática procesal, el recurso de apelación, por principio, debe versar sobre el mismo objeto que lo hubiera sido de la resolución apelada; pues, de otro modo, el juicio correspondiente no sería, en rigor, el propio de la segunda instancia y tampoco el tribunal competente operaría como un órgano de esta naturaleza. Por tanto, es claro que, como regla, es esta la que debe regir y conforme a la que debe decidirse en este caso.

Ahora bien, es asimismo evidente que un régimen procesal de Vigilancia Penitenciaria, para ser funcional a su objeto y al propio cometido constitucional del tratamiento de los internos en centros de esa índole, necesita adecuarse con razonable flexibilidad al ritmo de este, para no volverse, paradójicamente, contra su objeto.

Por ello, en este marco, aun debiendo prevalecer por norma la lógica propia de la apelación convencional; no debe perderse de vista que el Juez de Vigilancia, como también la Audiencia Provincial juzgan sobre la regularidad

f) Recurso de amparo

Procederá recurso de amparo constitucional si se invoca lesión de alguno de los derechos fundamentales susceptibles de amparo. Por tanto quedará abierta la vía constitucional contra el auto del juez o tribunal sentenciador resolviendo el recurso de apelación contra la resolución del JVP sobre clasificación penitenciaria. La duda se plantea tras la LO 5/2003, de 25 de mayo, pues quizá sea necesario previamente acudir ahora antes del amparo al recurso de casación para la unificación de la doctrina; **Ríos Martín**¹¹⁴³ entiende que aunque se podría mantener lo contrario en base a algún precedente del TC (STC

formal del acto administrativo; pero, al mismo tiempo, con su actuación, están incidiendo en la ejecución de una sentencia condenatoria, esto es "haciendo ejecutar lo juzgado" (art. 117,3 CE). Algo que, excepcionalmente, puede reclamar la consideración de incidencias sobrevenidas en la evolución del interno, de las que no cupiera prescindir en el caso concreto, so pena de hacer inútil, por extemporánea o sin objeto, la decisión.

Naturalmente, para que esto se produzca, será preciso que a la incuestionable importancia de la circunstancia emergente que haga imprescindible su examen, se una la posibilidad de abordarla contando con todos los datos relevantes al respecto, porque se hayan aportado o, incluso, porque se reclamen. Además, por razón de garantía de todos los derechos en presencia, ese examen tendrá que hacerse en el respeto del principio de contradicción, esto es, con audiencia de todas las partes implicadas. La propia Ley de E. Criminal, al tratar del recurso de apelación contra las sentencias del Juez de lo Penal, en el procedimiento abreviado (art. 790.3) permite someter al órgano de la segunda instancia elementos de juicio que no pudieron ser tratados en la primera. Previendo un supuesto que guarda patente analogía con el que ha dado lugar a este recurso”.

El fallo determina que se estima el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de A Coruña, de fecha 11 de octubre de 2011, dictado en el rollo 91/11 , en el sentido de que, como regla, en la resolución de los recursos de apelación contra autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria *deberá estarse a los datos o circunstancias sometidos a la consideración de este; sin perjuicio de que, excepcionalmente, de haberse producido durante el trámite del recurso incidencias propias del tratamiento del interno que fueran relevantes para la decisión, estas puedan ser examinadas contradictoriamente y tenidas en cuenta para dictarla”.*

¹¹⁴³ RÍOS MARTÍN, J. C., *Manual de...*, op. cit., pág. 405

26 de enero de 1981), la jurisprudencia constitucional optará por considerar necesario acudir previamente al Tribunal Supremo si estamos ante un auto dictado por la Audiencia Provincial o Nacional resolviendo un recurso de apelación contra una decisión del JVP. Ahora bien, si el órgano que resuelve el recurso de apelación es un juez unipersonal sí que se puede interponer el recurso de amparo directamente.

La jurisprudencia constitucional ha ratificado que las resoluciones recaídas en materia penitenciaria son susceptibles de recurso ante el Tribunal Constitucional (STC. n°.73/1983, de 30 de julio).

g) Recurso ante Tribunal Europeo de derechos humanos

También se puede recurrir en materia de clasificación penitenciaria ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos si un interno se siente víctima de la violación de su derecho a la libertad por estimar que su clasificación penitenciaria no se ajusta a Derecho.

A este Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la resolución interna definitiva, que nuestro país será la del Tribunal Constitucional.

El Tribunal no admitirá ninguna demanda individual cuando:

a) Sea anónima

b) Sea esencialmente la misma que una demanda examinada anteriormente por el Tribunal o ya sometida a otra instancia internacional de investigación o de arreglo, y no contenga hechos nuevos.

El Tribunal considerará inadmisibles cualquier demanda individual cuando la estime incompatible con las disposiciones

del Convenio o de sus Protocolos, manifiestamente mal fundada o abusiva.

Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos se intentará en primer lugar un arreglo amistoso. Si por el contrario el derecho interno sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa.

El auto se transmite al Comité de Ministros del Consejo de Europa que es el encargado de velar por su ejecución, y en caso de incumplimiento por el Estado acusado puede abrir procedimiento contra él para suspenderlo o excluirlo de la organización. En todo caso, se publica el informe de la Comisión que constata la violación del Convenio

h) Los efectos de los recursos

Por lo que se refiere a los *efectos* que produce la interposición de los recursos citados nada decía la ley, debiendo acudir a las reglas generales según exigía el nº 5 de la Disposición adicional quinta de la LOPJ. Conforme al art. 217 de la LECrim., se dice que en sede penal, sustantiva y procesal, en orden a la suspensión de las resoluciones, es comúnmente admitido que el recurso de reforma no suspende la resolución impugnada, aunque la LECrim., no se pronuncia al respecto. En la de reunión de los Jueces de Vigilancia del año 2007 se acordó que: “*Se admitirán en ambos efectos los recursos de reforma y apelación contra las resoluciones referidas clasificación de grado o concesión de libertad condicional en los supuestos previstos en le apartado 5 de la Disposición adicional 5ª de la LOPJ*”. Por tanto en este acuerdo se matiza que el efecto suspensivo debe extenderse al recurso de reforma previo al de apelación en los mismos casos en que el de apelación deba admitirse en ambos efectos.

El art. 217 de la LECrim, al regular el recurso de reforma y apelación, prevé la admisión en uno o ambos efectos del recurso de apelación cuando la Ley lo disponga expresamente, y

calla en este sentido para el de reforma. Sin embargo, el art. 367 LECrim para la modalidad impugnatoria *gemela* del de reforma, el recurso de reposición, expresamente le despoja del efecto suspensivo al decirse que “se llevará a efecto la providencia”. Por lo cual, podemos entender que el recurso de reforma no puede producir efectos suspensivos de la resolución administrativa de clasificación impugnada.

Por lo que se refiere al recurso de apelación, la exégesis de los artículos 217 y 223 de la LECrim determina que su admisión lo sea en efecto devolutivo, y no en el suspensivo. Y puesto que nada dice la ley, 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 tiempo. Por ello el art.223 LECrim., establece que una vez interpuesto el recurso de apelación, el Juez lo admitirá, un uno o ambos efectos, según sea procedente.

En los Juzgados de Vigilancia, la regla general era la no suspensión, admitiéndose en vía recurso sólo el efecto devolutivo, pero los propios Jueces de Vigilancia en sus reuniones anuales y más concretamente en la VII celebrada en Madrid, en septiembre de 1993, acordaron en el Criterio núm. 83 que el recurso de apelación se admitirá en ambos efectos (doble efecto) cuando la inmediata ejecución de lo resuelto pudiera distorsionar una línea de tratamiento o prive de virtualidad al propio recurso (*v. gr.* permisos, clasificación o libertad condicional).

La LO 7/2003, de 30 de junio, ha añadido un nuevo apartado 5 a la Disposición adicional quinta de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en el que se establece el efecto suspensivo del recurso contra resoluciones en materia de clasificación de penados o concesión de libertad condicional para evitar la posibilidad de que la excarcelación se produzca sin la intervención del órgano jurisdiccional “*ad quem*”, en los casos de delitos graves, para evitar que una excarcelación

inmediata haga ineficaz la resolución que en virtud de un recurso de apelación pueda dictarse.

La actual redacción queda de la siguiente forma: “*Cuando la resolución objeto del recurso de apelación se refiera a materia de clasificación de penados o concesión de la libertad condicional y pueda dar lugar a la excarcelación del interno, siempre y cuando se trate de condenados por delitos graves, el recurso tendrá efecto suspensivo que impedirá la puesta en libertad del condenado hasta la resolución del recurso o, en su caso, hasta que la Audiencia Provincial o la Audiencia Nacional se haya pronunciado sobre la suspensión*”. Falta la referencia a los demás jueces o tribunales sentenciadores. Se producirá *ope legis* un efecto suspensivo que impedirá la puesta en libertad del condenado, exigiéndose que el recurso llegue a su fin (para lo cual se tramitará con carácter preferente y urgente), o en su defecto, aun cuando no llegue a la resolución el recurso de apelación, se considera preceptivo que la Audiencia Provincial o la Audiencia Nacional emitan informe al respecto. La finalidad es, pues, evitar que los condenados por delitos graves sean puestos en libertad con anterioridad a la resolución del recurso de apelación¹¹⁴⁴.

¹¹⁴⁴ POLAINO NAVARRETE, M., *La reforma penal...*, *op. cit.*, pág. 39. Como ejemplo podemos citar el Auto del JVP de Málaga de fecha 14/1/10 en el que se trata el *efecto suspensivo de los recursos*, indicando que en el recurso de apelación se produce efecto suspensivo cuando el interno está condenado por delitos graves, es decir, cuando la pena es superior a cinco años. En este caso el recurso de reclasificación interpuesto por el Ministerio Fiscal carece de eficacia suspensiva de la efectividad de la resolución administrativa. Ello quiere decir que, no siendo firme el Auto dictado por este JVP, al haber recurrido en apelación el interno ante el tribunal sentenciador, *conserva su vigencia la resolución “administrativa”* que le clasificaba inicialmente en tercer grado por la vía del art. 82.1 RP, con todos sus efectos y consecuencias, motivo por el cual procede estimar la queja interpuesta por el interno contra la decisión administrativa que acordaba su traslado desde el Centro de Inserción Social al Centro Penitenciario.... El interno permanecerá en tercer grado hasta que se resuelva por el Tribunal Sentenciador el recurso de apelación interpuesto por su defensa contra la resolución judicial dictada por este JVP, estimando el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal que consideraba ajustada a Derecho la clasificación inicial del recurrente en

i) Representación y defensa

La Ley Orgánica del Poder Judicial, al regular los recursos contra las resoluciones de los Juzgados de Vigilancia, expresamente exceptúa de la regla general de la representación mediante procurador y la asistencia de letrado en el recurso de reforma, si bien el penado puede designarlos, y manteniendo tal necesidad para el recurso de apelación¹¹⁴⁵.

Según la Disposición adicional quinta de la LOPJ tras la LO 5/2003, en su apartado octavo: "*En el recurso de apelación será necesaria la defensa de letrado y, sino se designa procurador, el abogado tendrá también habilitación legal para la representación de su defendido*".

Contra el Auto del Juez de Vigilancia Penitenciaria que inadmita a trámite un recurso de apelación, cabe recurso de queja, para cuya interposición también se precisa asistencia letrada. Por tanto, en el recurso de apelación es obligatoria la asistencia letrada en el de queja, casación y amparo.

j) Intervención de otras partes

Ni la víctima, ni la Administración Penitenciaria están legitimadas para intervenir, lo que a juicio de **Racionero Cardona**¹¹⁴⁶ es un defecto grave de la regulación. La primera porque no le es indiferente el modo en que cumple la condena quien le agravió, y la segunda porque sin duda tiene interés directo y legítimo en la resolución de estos asuntos, y por tanto no debería estar condenada a ser mera emisora de informes sin posibilidad de formular alegaciones. Sin embargo el TC en la *Sentencia de 11 de septiembre de 1995* rechazó la legitimación

segundo grado, en lugar del tercer grado concedido por el Centro Directivo en fecha 15-4-09.

¹¹⁴⁵ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., *Manual de...*, op. cit., pág. 79

¹¹⁴⁶ RACIONERO CARMONA, F., *Derecho penitenciario y...*, op. cit., págs. 197-198

de la Administración Penitenciaria como parte en los procedimientos ante los Juzgados de Vigilancia.

Por lo que se refiere las *partes procesales intervinientes en la causa penal*, con excepción de las mencionadas (penado y Ministerio Fiscal) sea la acusación particular, sea la acusación popular si se hubiere ejercido, no están legitimadas para recurrir las decisiones del JVP. En contra de este criterio, se manifiestan varios autores como es el caso de **Tamarit Sumalla**¹¹⁴⁷ que entiende que tal exclusión resulta difícilmente justificable porque la intervención del perjudicado por el delito no se debe limitar sólo a obtener una sentencia favorable, sino que debería tener derecho a que se pueda hacer “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”, como uno de los efectos de la intervención de los particulares en la Justicia. No es suficiente defender que los “*intereses de terceros tan sólo pueden consistir en el interés general en que se cumpla la Ley, y promoverlo es precisamente función específica del Ministerio Fiscal*”, como dice **Asencio Cantisan**¹¹⁴⁸. Por todo ello, tiene razón **López Barja de Quiroga**¹¹⁴⁹ cuando afirma que, por la misma razón habría que negar entonces el ejercicio de la acción penal en todo proceso por parte de los particulares perjudicados e incluso no perjudicados por el delito. Así pues, no puede negarse un interés legítimo en el perjudicado por el delito para que la ejecución penal discurra por los términos legales y reglamentariamente ordenados, es decir, que se cumplan las penas según establece el Código Penal; en su art. 36: “*La pena de prisión tendrá una duración mínima de seis meses y máxima de veinte años salvo (...). Su cumplimiento, así como los beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en la Leyes y en el presente Código*”. Y como ordena

¹¹⁴⁷ TAMARIT, SUMALLA, J. M^a, GARCÍA ALBERO, R., RODRÍGUEZ PUERTA, M^a J., SAPENA GRAU, F., *Curso...*, 2^a Ed., *op. cit.*, pág. 252

¹¹⁴⁸ ASENCIO CANTTISÁN, H., "Recursos contra las resoluciones del JVP en la LOPI". *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 40, 1987, pág. 158

¹¹⁴⁹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., "Recursos contra las decisiones del JVP". *Poder Judicial*, N^o especial III, pág. 152

el primer inciso del apartado segundo del art. 3 CP: " *Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que las prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto*". Por tanto, el perjudicado por el delito debería tener derecho a exigir ante el JVP que se ejecute la pena en la forma que se ordena en los artículos citados. Estamos de acuerdo con **Cervelló Donderis**¹¹⁵⁰ cuando dice que la intervención de la víctima o perjudicado en la ejecución se ha de tomar con suma cautela para evitar un envilecimiento de la ejecución de la prisión. Por todo ello, entendemos que la intervención del perjudicado o víctima del delito debe ser valorada de forma ponderada, y si bien en el art. 12 del Proyecto de Ley Orgánica reguladora del procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria de 1997 no se la reconocía como parte en el procedimiento pues establecía que sólo podía serlo el Ministerio Fiscal, el interno afectado y en algunos casos la Administración Penitenciaria, el art. 13 del mismo texto sí que dejaba abierta la posibilidad de intervención de la víctima o perjudicado: "El Juez de Vigilancia, mediante Auto motivado, *podrá acordar que sea oída la acusación particular*, con carácter previo a la adopción de la correspondiente resolución, en aquellas materias que por su trascendencia puedan afectar a la seguridad personal de la víctima o a una más completa reparación del daño causado por el delito". Pensamos que es la mínima vía de intervención que se puede dejar a la víctima y si bien se aducen razones en contra, como la posible venganza de la misma, aquí hay que recordar que el art. 24 de la Ley de Indulto de 18 de junio de 1870, aún vigente ya preveía que se debía oír al perjudicado en el expediente de indulto. Más de un siglo después, cuando se están defendiendo más que nunca los derechos de las víctimas, no podemos negar la necesidad de esa presencia en los procedimientos ante los Juzgados de Vigilancia cuando pueden verse afectados sus derechos a la integridad, seguridad y libertad entre otros; pero de momento tendremos que esperar el cambio legislativo en esta materia pues el Proyecto de Ley Orgánica

¹¹⁵⁰ CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho...*, op. cit. 1ª Ed., 2001, pág. 116

reguladora del procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria de 1997 quedo paralizado y no sabemos si algún día verá la luz éste u otro proyecto similar.

Con la LO 7/2003, de 30 de junio parece que se ha producido un cambio en la línea indicada el proyecto de ley antes citado, y así en el art. 36.2 CP, que establece el periodo de seguridad, se determina que en el caso de levantamiento del citado periodo y aplicación del régimen general de cumplimiento por parte del JVP, se oirá previamente al Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y *las demás partes*.

Igualmente en el art. 78.3 CP, tras la nueva LO 7/2003, cuando se pretenda esta posibilidad de vuelta al régimen general de cumplimiento, se indica la necesidad de *oír a otras partes*: “*En estos casos, el juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento*”. Esta misma posibilidad de intervención de las *demás partes* puede darse en caso del adelantamiento de la libertad condicional a los dos tercios del art. 91.1 CP y en el cualificado de hasta 90 días año (art. 91.2 CP); pero es ilógico facilitar esta presencia sólo en estos caso de libertad condicional, por qué no en la general de las tres cuartas partes (art. 90 CP). Quizá todo ello se deba a que como hemos visto el requisito de oír a las demás partes sólo se exige cuando se quiere hacer aplicación de excepciones a las normas generales de cumplimiento:

-Excepción al cumplimiento del periodo de seguridad (art. 36.2 CP)

-Vuelta al régimen general de cumplimiento del art. 78.3

-Libertad condicional anticipada a los 2/3 (art. 91.1 CP)

-Adelantamiento cualificado de 90 días por año de los 2/3 (art. 91.2)

Pero en los citados artículos no se indican cuales son las demás partes, podría ser la víctima, la acusación particular o popular; sin embargo no lo indican de forma clara¹¹⁵¹.

¹¹⁵¹ Europa Press. Madrid. 22/3/2012. El Secretario General de Instituciones Penitenciarias, Ángel Yuste, ha propuesto que las víctimas del terrorismo de ETA puedan recurrir las resoluciones judiciales adoptadas por el Juez Central de Vigilancia Penitenciaria de la Audiencia Nacional, José Luis Castro. Ha recordado que actualmente sólo pueden hacerlo la Fiscalía o el propio preso afectado y se ha mostrado a favor de que las víctimas también puedan estar personadas en estos procesos. En ese sentido, ha defendido que a través de "la nueva Ley que se está gestando con el Estatuto de la Víctima se pueda legitimar a la víctima para que pueda recurrir las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria ya que en este momento la víctima no tiene esa posibilidad y la administración tampoco". Actualmente, el juez de Vigilancia Penitenciaria es quien tiene la competencia --a partir de los informes de las cárceles-- para decidir sobre beneficios penitenciarios como la concesión de permisos de salida de varios días o la aplicación del artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario. Por su parte, las concesiones de tercer grado recaen sobre la Administración, si bien el Juez de Vigilancia tiene la última palabra en caso de recurso de la Fiscalía. Yuste ha participado este jueves en un seminario sobre víctimas del terrorismo Tras su intervención, Yuste ha reiterado esta propuesta al ser preguntado por los medios de comunicación. Según ha dicho, desconoce la actual situación del Estatuto de la Víctima, pero ha mantenido su idea de que la víctima "debe tener la legitimación activa que ahora no tiene". "Cuando hay una resolución que afecta a sus intereses que pueda personarse y recurrir", ha insistido. Europa Press. Madrid. 19/4/2012. Otra de las cuestiones que Pedraza, la presidenta de la asociación de víctimas del terrorismo, planteará a Ángel Yuste es "la necesidad de reforzar la participación de las víctimas y darles voz en la ejecución de las sentencias de los terroristas". Esta propuesta ya fue introducida en el debate público por el propio Yuste, quien se refirió a la necesidad de que las víctimas puedan recurrir las resoluciones judiciales adoptadas por el juez Central de Vigilancia Penitenciaria de la Audiencia Nacional. Actualmente sólo pueden hacerlo la Fiscalía o el propio preso afectado. Tan sólo un día después fue el propio ministro del Interior, Jorge Fernández Díaz, quien avaló este plan: "parece una aspiración deseable y oportuna enriquecer el patrimonio jurídico de las víctimas reconociendo mediante la oportuna reforma legislativa su legitimación activa para que además de ser oídas puedan recurrir las decisiones más trascendentales de sus victimarios durante el cumplimiento y ejecución de su condena", explicó el ministro, quien ha especificado que esta medida irá destinada especialmente a las víctimas del terrorismo, pero también de crímenes especialmente violentos.

k) Recurso contra establecimiento de destino

El recurso contra la asignación de establecimiento penitenciario de destino aprobado junto con la resolución del correspondiente grado penitenciario por la SGIIPP es una excepción a la competencia de los Juzgados de Vigilancia; según el art. 79 LOGP: “*Corresponde a la Dirección General de IIPP (...) la dirección, organización e inspección de las Instituciones que se regulan en la presente Ley, salvo respecto de las Comunidades Autónomas que hayan asumido en sus respectivos Estatutos la ejecución de la legislación penitenciaria y consiguiente gestión de la actividad penitenciaria*”. En esta misma línea el art. 31 RP establece:

Conforme a lo establecido en el art. 79 LOGP la DGIIPP tiene *competencia exclusiva* para decidir, con carácter ordinario o extraordinario, la clasificación y destino de los reclusos en los distintos establecimientos penitenciarios, sin perjuicio de las atribuciones de los Jueces de Vigilancia en materia de clasificación por vía de recurso.

Dicha SGIIPP ordenará los traslados correspondientes en base a las propuestas formuladas al efecto por las Juntas de Tratamiento o, en su caso, por el Director o el Consejo de Dirección, así como los desplazamientos de los detenidos y presos que le sean requeridos por las autoridades competentes.

Los traslados se notificarán, si se trata de penados, al JVP, y, si se trata de detenidos y presos a las autoridades a cuya disposición se encuentran.

Esto fue ratificado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 9 de julio de 1986 por la que resolvió un conflicto de jurisdicción, y la Sentencia 7 de noviembre de 1986, atribuyendo a la Administración Penitenciaria esa competencia.

También el Tribunal Supremo en sentencia de 5 de diciembre de 1986 y de 14 de diciembre de 1991 ha entendido que el JVP no tiene competencia para alterar el destino de un penado o el traslado de internos de un centro a otro, por entender que acordar el destino de los penados en establecimientos penitenciarios es facultad residenciada en la Administración

Penitenciaria, y, por tanto, los Jueces de Vigilancia sólo pueden dirigir propuestas a la indicada administración¹¹⁵².

Como bien se analiza el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción en el Conflicto de jurisdicción nº 7/2012, suscitado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 1 de Pamplona y la Delegación de Gobierno de Navarra, en estos casos surge el conflicto porque: a) La Administración penitenciaria es competente para resolver sobre el destino-inicial o por traslado de los internos, sin perjuicio del control jurisdiccional ordinario a que están sometidos los actos administrativos; b) el Juez de Vigilancia Penitenciaria no puede interferir el ejercicio de aquella competencia, pero si puede anteponer a ella su jurisdicción para salvar los derechos fundamentales y beneficios penitenciarios del interno afectado. De lo cual se deduce que el Juez de Vigilancia es competente cuando con el traslado de centro se puedan ver afectados derechos y beneficios penitenciarios. En el fallo de este conflicto, ante el traslado de un interno por razones de seguridad, se resuelve: “*Que competente la Administración penitenciaria decidir sobre el traslado del interno...*”

Por tanto, la atribución de esta competencia en exclusiva a la SGIIPP, supone que frente a las resoluciones dictadas por la misma los interesados únicamente puedan acudir para impugnar sus decisiones a través de la vía administrativa, esto es, a través del recurso ordinario contemplado en el art. 114 de la Ley 30/92 de RJAP-PAC de 26 de Noviembre, recurso que tras la modificación operada en la citada ley el 14 de Enero de 1999, Ley 4/99 de 14 de Enero (en vigor a partir del 14-04-99), toma el nombre de recurso de alzada en el plazo de un mes, después cabe el de reposición y posteriormente ante la Jurisdicción Contencioso- Administrativa. No obstante, de las peticiones y quejas que los internos dirijan a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria en solicitud de traslado, estos últimos podrán

¹¹⁵² TAMARIT, SUMALLA, J. M^a, GARCÍA ALBERO, R., RODRÍGUEZ PUERTA, M^a J., SAPENA GRAU, F., *Curso...*, *op. cit.*, 2^a Ed., pág. 238

remitir las mismas a la SGIIPP formulando propuestas de traslado a tenor de lo preceptuado en el art. 77 LOGP.

CAPÍTULO VII: FORMAS DE CUMPLIMIENTO EN MEDIO ABIERTO

A. INTRODUCCIÓN

El medio abierto pretende ser un modelo de referencia en el proceso de incorporación social de las personas que son objeto de la acción penal, a través de la actuación coordinada de todos los recursos sociales y comunitarios. La implicación de ayuntamientos, ONGs y organizaciones sociales en general es fundamental.

La experiencia en los sistemas penitenciarios de nuestro entorno ha demostrado que el medio abierto es el sistema más eficaz de prevención de la reincidencia. Los niveles de fracaso disminuyen significativamente cuando los penados han pasado por medio abierto en su proceso de reinserción¹¹⁵³. Por otro

¹¹⁵³ VVAA. “La clasificación inicial en régimen abierto de los condenados a prisión”. Centre D’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada de la Generalitat de Catalunya. 2005. Págs. 159-151: “La tasa de reincidencia general para las personas que han sido clasificadas inicialmente en tercer grado es de 9,2%. Esta tasa es cuatro veces inferior a la tasa de reincidencia general de la población penitenciaria catalana, que es del 37,4%”. En similar sentido se pronuncia GARCÍA ARÁN. 12/2/2012: “En Cataluña se hizo una investigación, hace unos años se comprobó que los que se incorporaban bruscamente a la libertad, es decir, sin pasar por el régimen abierto ni la libertad condicional reincidían el doble, que los que se habían incorporado poco a poco”. Igualmente CID MOLINE, J. “La política criminal europea en materia de sanciones alternativas a la prisión y la realidad española: una brecha que debe superarse”. Estudios Penales y Criminológicos. Vol. XXX (octubre 2010). Pág. 77: “las personas que no disfrutaban de estos mecanismos (régimen abierto o libertad condicional) son las que generalmente tienen más riesgo de reincidencia...”. Diario “La Vanguardia”. 2/7/2012: “El Director General de Servicios Penitenciarios de la Generalitat, Ramon Parés, ha insistido en que los estudios demuestran que un interno que va tomando contacto con el mundo exterior de manera progresiva --con salidas, permisos y régimen abierto-- y acaba su condena en

lado, el índice de no reingresos en régimen abierto es tan alto como generalmente se piensa; por ejemplo los permisos fines de semana crecieron de 36.558 en 1979, hasta los 171.859 en el año 2008, y el resultado fue de 158 ausencias a finales de los años setenta a 32 no reingresos de permiso fin de semana en el año 2008, esto significa que la tasa bajó de un 4,3 por mil hasta un 0,2 por mil¹¹⁵⁴. Si ponemos en relación la tasa de fracaso penitenciario, incluyendo los permisos de salida, y la comparamos con parámetros europeos, no encontramos con que el índice de fracasos en España es netamente inferior al de otros países y, en todo caso, está muy por debajo del límite de 3 por mil que, según algunos expertos, constituye el límite de error tolerable desde el punto de vista de la gestión de la seguridad ciudadana¹¹⁵⁵. En este mismo sentido se pronuncia **Becerra Muñoz** cuando afirma que dentro del grupo de países de Europa que tiene más de 100 presos fugados durante el año 2008, nuestro país ocupa el último lugar, con 123 evasiones de instituciones abiertas o durante un permiso y 2,25 de centros cerrados o mientras se encontraban en tránsito. En general, vemos que, como cabía esperar, las evasiones de centros cerrados o en tránsito son mucho menos numerosas y que la mayoría de ellas tienen lugar en instituciones o situaciones donde el control de los sujetos es sensiblemente menor o inexistente, lo que permite plantear la hipótesis de que las fugas ocurran más en sistemas penitenciarios que utilizan con mayor intensidad el medio abierto y los permisos como parte de su política de reinserción social. A pesar de ello, esta situación no nos pone a la cabeza en cifras, por ejemplo, de fugas de instituciones abiertas o bajo permiso (donde ocurren la inmensa

libertad condicional reinciden menos que quienes la cumplen en régimen cerrado (un 15,7% frente a un 51,3%)”.

¹¹⁵⁴ GALLEGO DÍAZ, M, CABRERA CABRERA, P.J., RÍOS, MARTÍN, J.C., y SEGOVIA PESET, J. L., *Andar 1 KM. en línea recta. La cárcel del siglo XXI*, Universidad Comillas, Madrid, 2010, pág. 31

¹¹⁵⁵ VVAA. “Desenmascarando mitos que sostienen el sistema penal”. Grupo “Otro derecho penal es posible”. <http://www.otroderechopenal.com/>, págs. 31-32, consultado 1/6/2011

mayoría de evasiones en todos los países), aún sin desmerecer nuestra posición en este aspecto, bastante por encima de la mediana regional, concretamente en el tercer cuartil.¹¹⁵⁶

El cambio gubernamental en el Poder Ejecutivo en el año 2004 estableció un giro cualitativo y cuantitativo en la ejecución de las penas privativas de libertad en el sistema penitenciario español, a través de la reinterpretación en las dos últimas legislaturas de las normas acerca del acceso a los regímenes de vida en semilibertad de los internos penados. Ello propició una espectacular proliferación de internos clasificados en tercer grado¹¹⁵⁷, apoyando esta circunstancia no sólo la gestión de la

¹¹⁵⁶ BECERRA MUÑOZ, J., “Las prisiones españolas vistas desde Europa. Un análisis comparado”. *Revista de Derecho Penal y Criminología.*, Nº. 7, Enero 2012, págs. 399-405

¹¹⁵⁷ Se adjunta resoluciones sobre clasificación de penados. 1995-2010. Como podemos comprobar, después del descenso sufrido con la entrada en vigor de la LO 7/2003, a partir del año 2004 comienzan a aumentar considerablemente tocando techo los años 2009 y 2011. Siendo posible el descenso de la clasificaciones en tercer grado después de la intervención del Ministro del Interior el 31/1/2012 ante el Congreso de los Diputados donde manifestó: “*En el pasado, la ejecución de la programación de infraestructuras se ha planificado no desde las necesidades que demandaba el sistema, sino primando la construcción de Centros de Inserción Social y forzando el destino de penados a un régimen de vida de semilibertad, muchos de los cuales cumplen condenas por delitos graves. Esta política debe ser objeto de revisión*”.

Administración Penitenciaria —que en su quehacer de ejecución de las penas privativas de libertad ha posibilitado una interpretación “alcista” del acceso a regímenes de semilibertad de los reclusos condenados—, sino también reformas legislativas (LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995 del Código Penal) que han facilitado el acceso al tercer grado, bloqueando o dejando sin efecto determinados requisitos añadidos en anteriores reformas (en la versión

Estadística de clasificaciones en tercer grado en los últimos años de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, enero 2011.

AÑO	1º	%	2º	%	3º	%	Mant. y susp.	TOTAL
1995	388	1,6	14.141	59,6	9.190	38,8	3.511	27.230
1996	403	1,9	12.299	57,6	8.645	40,5	3.250	24.597
1997	370	1,7	12.979	60,4	8.143	37,9	5.334	26.826
1998	437	2,0	13.748	64,0	7.311	34,0	7.123	28.619
1999	472	2,3	12.886	62,3	7.331	35,4	8.715	29.404
2000	560	2,8	12.415	62,7	6.823	34,5	9.643	29.441
2001	553	2,9	11.906	63,7	6.242	33,4	11.073	29.774
2002	654	3,2	13.153	64,5	6.597	32,3	12.448	32.852
2003	730	3,6	14.338	70,2	5.353	26,2	12.948	33.369
2004	745	3,4	14.740	68,2	6.145	28,4	14.651	36.281
2005	577	2,6	14.409	65,7	6.937	31,7	15.080	37.003
2006	490	2,1	14.781	63,5	7.991	34,4	15.062	38.324
2007	500	1,9	16.749	64,8	8.600	33,3	16.206	42.055
2008	535	2,0	18.110	66,4	8.606	31,6	17.229	44.480
2009	472	1,5	20.831	64,5	10.980	34,0	19.660	51.943
2010	502	1,5	22.913	64,5	12.674	34,0	21.254	57.343

ofrecida por la LO 7/2003, de 30 de junio), en particular el art. 36.2 CP, acerca del “periodo de seguridad”¹¹⁵⁸.

Resulta especialmente llamativo el interés de la Administración Penitenciaria en las legislaturas 2004-2008 y 2008- 2011 en potenciar el régimen abierto (la población en medio abierto pasó de 6513 internos en diciembre de 2008 a 9047 en septiembre de 2011)¹¹⁵⁹. Si la motivación era que sirviera para una mejor reinserción social de los penados, no cabe duda, que esta elección es digna de elogio, pero no sería así si, como dicen algunos autores, el principal objetivo era en aras a facilitar problema de la sobreocupación de la población penitenciaria. Desde nuestro punto de vista se trataba de conseguir ambos objetivos, sirviendo tanto para potenciar una mejor inserción social de los penados como de forma indirecta conseguir reducir la sobreocupación de las prisiones ordinarias, ambos objetivos se consiguieron con la potenciación del tercer grado y la puesta en funcionamiento de numerosos de centros de inserción social¹¹⁶⁰.

El RD 1181/2008, de 11 de julio, modificó y desarrolló la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior, y elevó al rango de Secretaría General la antigua Dirección General de Instituciones Penitenciarias. Por su parte el RD 3331/2009, de 13 de marzo, en su art. 4.3, establecía dos Direcciones Generales, dependientes de la Secretaría General: la Dirección General de Gestión de Recursos —encargada de gestionar los medios necesarios para el desarrollo de la política penitenciaria— y la Dirección General de Coordinación

¹¹⁵⁸ NIETO GARCÍA, A. J. “El acceso al tercer grado penitenciario: ¿Teleológico o real?”. *Diario La Ley*, Nº 7737, Sección Doctrina., 16 /11/2011, pág. 1

¹¹⁵⁹ Panorámica del Medio Abierto. Ministerio del Interior. Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto. Subdirección General de Medio Abierto, Madrid, 2011, pág. 15

¹¹⁶⁰ Panorámica del Medio Abierto. Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto. Subdirección General de Medio Abierto. Madrid. 2011: A 30 de septiembre de 2011 contábamos en España con 31 centros de inserción social (13 independientes y 18 dependientes).

Territorial y Medio Abierto —que se ocupaba de los restantes asuntos atribuidos a la Secretaría General—. De esta última Dirección General dependían la Subdirección General de Medio Abierto que gestionaba la aplicación y ejecución de las penas en régimen abierto y la Subdirección General de Coordinación Territorial que se ocupaba de las penas alternativas a la prisión (suspensión y sustitución de penas, trabajos en beneficio de la comunidad y medidas de seguridad)¹¹⁶¹.

¹¹⁶¹ El RD 991/2006, de 8 de septiembre, creó novedosamente la Subdirección General de Medio Abierto y Medidas Alternativas, a la que se le encomendó —en los arts. 4.1 e) en relación al art. 4.2 e) del RD precitado— la competencia de la planificación, coordinación y gestión de la acción social de los internos de los centros penitenciarios, de los liberados condicionales y de las personas sometidas a penas alternativas y medidas de seguridad y de las familias de todos los anteriores, así como la gestión, coordinación y seguimiento de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad, de la pena de localización permanente, de la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad, de la libertad condicional y de las medidas de seguridad, elaborando los informes que sobre estos requieran las autoridades judiciales correspondientes, además de la coordinación de los programas de intervención de organizaciones no gubernamentales en los centros penitenciarios.

El Real Decreto 1181/2008, de 11 de julio, incorpora como competencia la gestión de los internos que cumplen condena bajo el régimen abierto, circunstancia ésta que no se recogía en el Real Decreto 991/2006, de 8 de septiembre. Y la reforma operada en el RD 1181/2008, de 11 de julio, a través del RD 331/2009, de 13 de marzo, inhibe de cualquier competencia de gestión del régimen abierto a la Subdirección General de Medio Abierto, atribuyéndose exclusivamente competencias sobre los internos cuando pasan a cumplir condena bajo el régimen abierto —salvo las Unidades de Madres—, y el control telemático de los mismos.

La Subdirección General de Medio Abierto se crea por Real Decreto 331/2009, de 13 de marzo, por el que se modifica otro (Real Decreto 1181/2008, de 11 de julio) que desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior. Esta Subdirección General, integrada en la Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto, responde a nuevas exigencias legales y a la finalidad de atender a las Recomendaciones que el Consejo de Europa señala respecto a la necesaria consideración del Régimen Abierto, como un régimen de cumplimiento de penas muy eficaz. Se pretende situar la gestión del Medio Abierto a la altura de los resultados que ya

Como hemos indicado anteriormente, todas estas reformas incrementaron la ejecución de las penas privativas de libertad en medio abierto en todas sus modalidades. Esta tendencia a la potenciación del medio abierto ya se venía observando en la Cataluña, única comunidad autónoma con competencias en materia de ejecución penitenciaria, desde hacía bastantes años¹¹⁶².

ofrecen los países de nuestro entorno cultural, social y político, donde los porcentajes de penados en medio abierto son elevados.

Las competencias de esta Subdirección General de Medio Abierto son:

- La gestión de los internos que cumplen condena bajo el régimen abierto.
- La coordinación de los Centros de Inserción Social, Secciones Abiertas y Unidades Dependientes, con excepción de las unidades de madres (competencia de la Subdirección General de Tratamiento y Gestión).
- La aplicación, seguimiento y supervisión de las medidas de control telemático, tanto para terceros grados como para otros penados (localización permanente, segundos grados de permiso) bajo seguimiento telemático.
- El diseño, implantación, seguimiento y evaluación de los programas de intervención y tratamiento destinados a los internos en medio abierto.
- La relación con las ONGs, asociaciones y entidades que trabajan en medio abierto.

¹¹⁶² POBLACIÓN PENADA CLASIFICADA TERCER GRADO (Datos SGIIPP y Generalitat Cataluña)

AÑO	SGIIPP	CATALUÑA	ESPAÑA
2003	15,30%	22,76%	16,44%
2004	15,39%	24,61%	16,79%
2005	16,74%	23,77%	17,82%
2006	18,12%	24,42%	19,10%
2007	18,40%	22,21%	18,97%
2008	18,82%	23,22%	19,48%
2009	18,52%	23,11%	19,15%
2010	13,75%	21,52%	14,76%

La política penitenciaria en las dos últimas legislaturas del PSOE podría entrar en contradicción con las características de una política criminal que viene siendo en los últimos años cada vez más rigurosa. Factores como el aumento en la concesión de permisos de salida, especialmente en el año 2010 en territorio de la SGIIP y como de los terceros grados, así como el gran uso de los medios telemáticos que se ha producido en España, permite apuntar a una tendencia hacia la excarcelación, diferente de épocas anteriores. Todo ello parece una contradicción entre las reformas penales efectuadas o votadas favorablemente por el PSOE (por ejemplo la LO 7/2003 de cumplimiento efectivo e íntegro de las penas) y la política penitenciaria llevada a cabo que parece intentar aliviar el incremento punitivo de las penas, ejecutándolas en mayor medida que antes, en medio abierto.

Por tanto, como bien apuntan algunos autores lo que hace la SGIIPP es rectificar las consecuencias por una rigurosa política criminal, dándose cierta desconexión entre ambas. Esta situación se ve facilitada por la LOGP que confiere cierta capacidad de resistencia a la Administración Penitenciaria frente a los cambios político-criminales que han tenido lugar recientemente. Como consecuencia de ello, la mayoría de los expertos hablan de ausencia de relación entre ambas políticas, produciéndose dos ámbitos de poder diferenciados en los que los actores implicados son distintos. Esta relación laxa entre ambas políticas se manifiesta en el hecho de que el legislador rara vez tiene en consideración los efectos penitenciarios de sus decisiones en las fases de creación normativa.

Así pues, el discurso *securitivo* que prioriza la dureza contra el crimen, contradiciendo principios penales esenciales como el de *ultima ratio*, contundencia que luego se ve amortiguada por un sistema penitenciario que se orienta, en

Como podemos apreciar siempre ha sido mayor el número de internos en Cataluña clasificados en tercer grado frente al resto de España, esta gran diferencia disminuyó durante los años 2006 a 2009, si bien como vemos, se ha vuelto a incrementar el año 2010, llegando a estar en aproximadamente 8 puntos de diferencia.

sentido opuesto. En el caso de la política penitenciaria, priman la reinserción (recogida constitucionalmente), el tratamiento y, especialmente la imperativa individualización de dicho tratamiento. Esto justifica las diferencias entre uno y otro sector del sistema penal. Como manifiestan algunos expertos, tal vez el Gobierno del POSE ha utilizado la *invisibilidad social del sistema penitenciario* para rectificar una política criminal condicionada por su exposición pública y las necesidades electorales. Otros autores coinciden en que *el sistema penitenciario de ejecución modula, atenúa y rectifica los objetivos del sistema penal*, esto origina una política criminal cargada de gran simbolismo¹¹⁶³ y orientada a los electores en sus fases declarativas. Se parte de la base que el sistema penitenciario se ve necesitado de ciertas válvulas de escape frente a la saturación del sistema. Consecuencia de ello son unas excarcelaciones que tienen más que ver con la alta tasa de ocupación que con la auténtica rehabilitación de los internos.

Esta tendencia de nueva política penitenciaria, basada en la potenciación del régimen abierto comenzó con la llegada de la entonces Directora General de IIPP, Mercedes Gallizo, en el año 2004. Esta situación fue diferente a las legislaturas anteriores, más basadas en “*el orden, la seguridad y el control*”¹¹⁶⁴.

Tras el regreso al gobierno del Partido Popular a finales del año 2011, se han vuelto a reformar las competencias de la

¹¹⁶³ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. afirma que el derecho penal simbólico “se caracteriza de modo general porque se producen a través de la pena efectos sociopersonales expresivo-integradores que carecen de legitimidad no por su naturaleza, sino porque no se acomodan a las decisiones políticocriminales que fundamentan la pena”, de este modo pone como ejemplo de esta clase de derecho penal las “leyes gratuitas”, entendidas como las “aprobadas sin los recursos personales o materiales precisos para su efectiva aplicación en caso de infracción”. Entre éstas cita expresamente “la introducción en el nuevo código de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad” en “El Derecho Penal simbólico y los efectos de la pena”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nº 103, Año 2002

¹¹⁶⁴ Más ampliamente en BECERRA MUÑOZ, J. y AGUILAR CONDE, *Realidad y políticas penitenciarias*, GARCÍA ESPAÑA, E. y DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (Directores), Málaga, 2012, págs. 233-245

SGIIPP en el BOE del 18 de febrero de 2012. Por lo que al medio abierto se refiere hemos de destacar que se suprimió la Subdirección General de Medio Abierto cuyas competencias han pasado, como durante los anteriores Gobiernos del Partido Popular, a la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria a la que le corresponde, entre otros cometidos: *“El seguimiento y supervisión, según modalidad, de los internos cuando pasen a cumplir condena bajo el régimen abierto, coordinación de los Centros de Inserción Social y Secciones Abiertas, Unidades Dependientes y medidas de control telemático. Igualmente será competente en el diseño, implantación, seguimiento y evaluación de los programas de intervención y tratamiento destinados a los internos en régimen abierto”*.

B. MODALIDADES DE VIDA DE RÉGIMEN ABIERTO

En la ejecución penitenciaria actualmente se distinguen diferentes clases de terceros grados, si bien no todos ellos conllevan una modalidad concreta de régimen abierto, ello va depender de que la motivación del mismo sea la devolución a la sociedad del condenado en un proceso de reinserción social, o, por el contrario, sean fines distintos a los previstos en el art. 25.2 CE, importando poco el contenido reeducador y reinsertador de la pena privativa de libertad y sí otros fines colaterales, a los que teleológicamente predispone el acceso al tercer grado, como pudieran ser razones humanitarias o de dignidad que permitan a los enfermos con graves padecimientos incurables su muerte fuera de prisión o la reducción de población penitenciaria en tiempos de sobreocupación del sistema penitenciario español¹¹⁶⁵ (sustitución de la pena a los internos extranjero sin residencia legal al pasar a tercer grado).

¹¹⁶⁵ NIETO GARCÍA, A. J., “El acceso...”, *op. cit.*, pág. 8

Siguiendo a **Nieto García**¹¹⁶⁶, podemos distinguir:

-Cuatro modalidades de vida del régimen abierto, las previstas en los arts. 82.1, 82.2, 83 y 86.4 RP que permiten su aplicación, *stricto sensu*, en virtud de los factores expuestos en los arts. 63 y 65 LOGP y que propician la clasificación en tercer grado de los reclusos. A su vez, el art. 86.4 RP, podemos subdividirlo en dos tipos diferenciados por la forma de control, un con y otro sin medios telemáticos.

-Dos modalidades de vida (las previstas en los arts. 165 y 182 RP) que forman parte de las denominadas formas especiales de ejecución de la condena, como alternativa al cumplimiento ordinario de los internos en los Centros Penitenciarios, a fin de evitar los efectos criminógenos del ingreso o permanencia en prisión. Aquí consideramos que se debe añadir una nueva modalidad: el cumplimiento de la pena en tercer grado en los Centros Externos de Madres, puestos en funcionamiento en año el 2010, pero sin cobertura legal, ni reglamentaria, ni tan siquiera por una instrucción de la SGIIP, contando sólo con el respaldo de la Orden de creación de las respectivas unidades (Palma de Mallorca, Sevilla y Madrid, está pendiente la de Alicante) y un Manual de funcionamiento creado a tales efectos.

-El régimen abierto aplicado a los clasificados en segundo grado con la aplicación del principio de flexibilidad del 100.2 RP.

-Tres modalidades de vida de carácter teleológico, con finalidades distintas a las previstas para el régimen abierto (las previstas en los arts. 104.4 y 197 RP y 89 CP).

Según la desaparecida Subdirección General de Medio Abierto¹¹⁶⁷ el Reglamento Penitenciario, aprobado por Real

¹¹⁶⁶ NIETO GARCÍA, A. J., “El acceso...”. *op. cit.*, pág. 1

¹¹⁶⁷ NIETO GARCÍA, A. J. “El acceso...”, *op. cit.*, pág. 8: “Sin embargo, no se comprende cómo el Poder ejecutivo, en las dos últimas legislaturas, 2004-2008 y 2008-2011, en su afán de proporcionar la reeducación y reinserción de los condenados —en su apuesta por el incremento de los clasificados en tercer grado de tratamiento y en la proliferación del medio abierto, con la creación de la Subdirección General de Medio Abierto y de multitud de

Decreto 190/1996, de 9 de febrero, recoge las diferentes modalidades de cumplimiento de régimen abierto en los siguientes artículos¹¹⁶⁸:

- El art. 83 establece los objetivos y principios del régimen abierto. Afirma que la actividad penitenciaria en régimen abierto tiene por objeto potenciar las capacidades de inserción social positiva que presentan los penados clasificados en tercer grado, realizando tareas de apoyo, asesoramiento y la cooperación necesaria para favorecer su incorporación progresiva al medio social. Entre los principios que rigen el régimen abierto recogidos en este mismo artículo, se establece la coordinación con cuantos organismos e instituciones públicas o privadas actúen en la atención y reinserción de los reclusos, promoviendo criterios comunes de actuación para conseguir su integración en la sociedad.

- El art. 82 regula la modalidad de vida en lo que se denomina régimen abierto restringido, estableciendo controles y condiciones, restringiendo las salidas al exterior y teniendo como objetivo, en determinados casos, encontrar alguna asociación o institución pública o privada para su apoyo o acogida en el momento de su salida en libertad.

Centros de Inserción Social—, no haya reparado en la necesidad de desvincular la clasificación en tercer grado de actuaciones cuyos fines difieran de la estricta reeducación y reinserción social, instando al poder Legislativo la reforma del Código Penal y reformando su Reglamento Penitenciario.

Los aludidos esfuerzos reeducadores y reinsertadores de la Administración, finalmente han quedado desvirtuados en la necesidad de engordar un incremento de cifras de los clasificados en tercer grado, que permitan inferir, aunque sea *a grosso modo*, una actividad tratamental en los reclusos que les aboca a tal clasificación en tercer grado; debiendo haber abundado más en la organización de programas de intervención en tercer grado que, verdaderamente, hubieran arrojados cifras certeras sobre el régimen de vida en semilibertad

¹¹⁶⁸ Panorámica del Medio Abierto. Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto. Subdirección General de Medio Abierto. Madrid. 2011. Pág. 79

- El art. 82.2 establece, como veremos, un régimen abierto especial para las mujeres que no tengan un trabajo remunerado en el exterior pero realizan trabajo doméstico en su domicilio familiar, equiparando ambos tipos de trabajo a nivel de horarios, salidas, etc¹¹⁶⁹.

- El art. 86.4 posibilita una forma específica de cumplir condena en régimen abierto. Este artículo al regular los horarios de los internos en tercer grado de tratamiento establece la posibilidad de seguimiento con medios telemáticos “u otros mecanismos de control suficiente” pero ni el Código Penal ni la Ley General Penitenciaria hacen referencia a los medios telemáticos para el cumplimiento de la pena de prisión. La aplicación del art. 86.4 del RP viene regulada exclusivamente en la Instr. 13/2006.

- Los artículos 165 a 167 regulan las Unidades Dependientes. Este recurso y modalidad de cumplimiento va

¹¹⁶⁹ POBLACIÓN PENADAS CLASIFICADAS TERCER GRADO (Datos SGIIPP y Generalitat Cataluña)

AÑO	SGIIPP	CATALUÑA	ESPAÑA
2003	15,60%	29,90%	17,10%
2004	14,90%	28,40%	16,40%
2005	15,40%	28,30%	16,80%
2006	15,00%	26,30%	16,20%
2007	16,90%	23,10%	17,60%
2008	16,50%	26,70%	17,40%
2009	19,30%	30,90%	20,50%
2010	19,80%	28,20%	20,90%

La concesión de terceros grados a mujeres en España presenta una tendencia ascendente, especialmente en los tres últimos años de los que disponemos datos. Se observa en la tabla que el aumento de terceros grados de mujeres en España descansa principalmente en la SGIIPP. No obstante, el número de terceros grados concedidos a mujeres en Cataluña era el doble al del territorio de la SGIP en el año 2003, reduciéndose la distancia entre ambas administraciones en 2010, momento en que la diferencia porcentual es de aproximadamente 8 puntos

perdiendo importancia con el desarrollo de los nuevos CIS, y las Unidades de Madres.

- El art. 182 se refiere al cumplimiento del tercer grado en Unidades Extra-penitenciarias, con internos que necesiten tratamiento de deshabitación a determinadas sustancias, pudiendo establecer convenios con otras Administraciones o con entidades colaboradoras para la ejecución de las medidas de seguridad privativas de libertad.

- El art. 100.2 del RP, que introduce el llamado principio de flexibilidad, permite a los clasificados en segundos grados regimenes de vida de tercer grado.

Con base a todo lo expuesto, nosotros entendemos que son hasta nueve las posibles modalidades de ejecución en medio abierto: art. 82.1, art. 82.2, art. 83, art. 86.4 (subdividido entre con medios y sin medios telemáticos), art. 100.2, art. 165, art. 182 y el cumplimiento en las unidades de madres externas.

Para continuar hemos de indicar que es importante diferenciar “internos en tercer grado” de “internos en medio abierto”, grupos que no coinciden en su totalidad. Puesto que hay terceros grados que no están en medio abierto (clasificados en tercer grado 104.4 RP por enfermedad grave e incurable o clasificados en tercer grado a los efectos libertad condicional del art. 197 RP o de sustitución de la pena por la expulsión a los efectos del art. 89 CP) e internos en medio abierto que no son terceros grados (clasificados en segundo grado con aplicación del principio de flexibilidad del art. 100.2 RP)

Las diferentes formas de vida en medio abierto, se pueden cumplir según el art. 80 RP en¹¹⁷⁰:

¹¹⁷⁰ En este mismo sentido en “El model de rehabilitació a les persons catalanes”. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Direcció General de Serveis Penitenciaris. Juliol 2011. Pág. 64

-*Un centro abierto o de inserción social*¹¹⁷¹ que está separado de otros establecimientos penitenciarios y funciona con autonomía y personal propio. Desde estos centros se realiza el seguimiento de los liberados condicionales y de otras penas no privativas de libertad a través de los Servicios de Gestión de Medidas y Penas Alternativas. Los CIS surgen para contribuir de una manera novedosa al cumplimiento del mandato constitucional que establece la orientación de las penas privativas de libertad hacia la reeducación y reinserción social, desarrollado en el vigente Reglamento Penitenciario. Su actividad va encaminada a facilitar la inserción social y familiar de los internos, contrarrestando los efectos nocivos del internamiento y favoreciendo los vínculos sociales. Por ello, los CIS han diseñado y llevan a cabo una nueva estrategia más racional y eficaz en el proceso de intervención penitenciaria, y aparecen como modelo de establecimiento para régimen abierto, con el que se pretende lograr una convivencia normal con la colectividad, fomentando la responsabilidad y la ausencia de controles rígidos que contradigan la confianza que inspira su funcionamiento¹¹⁷². Todo ello supone que sean centros más adecuados para el cumplimiento de penas en régimen abierto frente a las tradicionales secciones abiertas.

-*En secciones abiertas*¹¹⁷³ que siempre dependen administrativamente de un establecimiento polivalente, constituyendo unidades, módulos o departamentos del mismo,

¹¹⁷¹ Panorámica del Medio Abierto. Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto. Subdirección General de Medio Abierto. Madrid. 2011: En septiembre de 2011 operaban 31 centros de inserción social, de los cuales la mayoría está ubicada, fundamentalmente en tres comunidades Autónomas: Andalucía (11), Castilla y León (4) y Castilla-La Mancha (3), Comunidad Valenciana (3), Madrid (2).

¹¹⁷² BECERRA MUÑOZ, J. y AGUILAR CONDE, *Realidad y políticas penitenciarias*, GARCÍA ESPAÑA, E. y DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (Directores), *op. cit.*, pág. 170

¹¹⁷³ Panorámica del Medio Abierto. Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto. Subdirección General de Medio Abierto. Madrid. 2011: 22 secciones abiertas a 30 de septiembre de 2011

normalmente destinados a internos clasificados en tercer grado preferentemente del régimen abierto restringido (art. 82.1 RP).

-En *unidades dependientes* fuera de la prisión, gestionadas por asociaciones u organismos oficiales extrapenitenciarios donde se realiza la vigilancia y el programa de tratamiento por profesionales penitenciarios aunque también pueden colaborar en este último otras instituciones. Aquí hemos de añadir los indicados Centros Externos de Madres donde pueden cumplir desde el año 2010 las madres con hijos clasificadas en tercer grado o en segundo con aplicación del art. 100.2 RP.

-*Unidades extrapenitenciarias* en las que no hay personal penitenciario y todos los controles y programas los realizan profesionales no penitenciarios.

El régimen de los diferentes establecimientos indicados será el necesario para lograr una convivencia normal en toda la colectividad civil, fomentando la responsabilidad y siendo norma general la ausencia de controles rígidos que contradigan la confianza que inspira su funcionamiento, tal y como señala el art. 811 RP

Por tanto, las normas regimentales deben ser lo menos restrictivas posibles con ausencia de cacheos o registros, los internos gozarán de libertad de movimientos por el interior del centro, es decir, que el régimen de vida debe ser lo más asimilado posible a la sociedad libre. Para que la vida en estos centros sea lo más similar a la vida en libertad, por ejemplo, se autoriza el curso de dinero de curso legal para fomentar la autorresponsabilidad de los internos (art. 301 RP)¹¹⁷⁴.

Las salidas del Establecimiento vienen reguladas en el art. 87 RP, que establece que los internos podrán salir para desarrollar las actividades laborales, formativas, familiares, de tratamiento o de otro tipo, que faciliten su integración social.

¹¹⁷⁴ En este sentido se pronuncia CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho...*, op. cit., 1ª Ed. Valencia., 2001, pág. 140, 3ª Ed. 2012, pág. 216. Más ampliamente en VVAA. (Coordinadora ASÚA BATARITA, A., *Régimen abierto en prisiones*, Vitoria-Gasteiz, 1992

Estas salidas deberán ser planificadas y reguladas por la Junta de Tratamiento, señalando los mecanismos de control y seguimiento que se consideren necesarios, de acuerdo con lo establecido en el programa de tratamiento. El horario y la periodicidad de las salidas autorizadas serán las necesarias para realizar la actividad y para los desplazamientos. En general, el tiempo mínimo de permanencia en el Centro será de ocho horas diarias, debiendo pernoctarse en el Establecimiento. Aparte de las salidas diarias, pueden disfrutar de hasta 48 días al año de permisos ordinarios (art. 47.2 LOGP Y 154 RP).

Además, tienen derecho a salidas de fin de semana reguladas en el art. 114 RP, las cuales regulará la Junta de Tratamiento de forma individualizada, en función de la modalidad de vida establecida para cada interno, de su evolución en el tratamiento y de las garantías de control necesarias. El horario de estas salidas de fin de semana será como máximo desde las dieciséis horas del viernes hasta las ocho horas del lunes. También podrán disfrutar de los días festivos establecidos en el calendario oficial de la localidad donde esté situado el Establecimiento. Cuando los días festivos sean consecutivos al fin de semana, la salida se ampliará en veinticuatro horas por cada día festivo. La SGIIPP podrá aprobar salidas de fin de semana con horarios diferentes a los indicados. Las salidas fin de semana son compatibles con los otros tipos de permisos, tanto ordinarios como extraordinarios.

Aquí hemos hacer constar la incoherencia, ya indicada en otro capítulo, que supone que haya internos clasificados en tercer grado que no tienen cumplida la cuarta parte de la condena y que, por tanto, no pueden disfrutar de permisos ordinarios, pero al estar en régimen abierto sí pueden salir los días laborables y los fines de semana. Así pues, existe una gran contradicción entre no poder disfrutar permiso de salida por no tener la cuarta parte cumplida y sí otro tipo de salidas del establecimiento. Por todo ello, consideramos que se debería suprimir el requisito de tener cumplida la cuarta parte de la pena para los permisos ordinarios (art. 47.2 LOGP y 154 RP) de los internos clasificados en tercer grado.

Según el art. 84 RP: "*Las normas de organización y funcionamiento de los Establecimientos de régimen abierto serán elaboradas por la Junta de Tratamiento y aprobadas por el Centro Directivo*". Aquí se produce una clara diferencia con respecto a los establecimientos de régimen cerrado y ordinario donde las normas son aprobadas por el Consejo de Dirección (art. 271.b), ello es debido a que en la prisión abierta prima más que en ninguna otra el tratamiento sobre el régimen, y, por tanto, es lógico que las normas sean elaboradas por la Junta de Tratamiento. También se justifica por los avances del proceso de reeducación y reinserción social alcanzado con los penados clasificados en tercer grado, que hacen aconsejable que dichas normas de régimen interior sean elaboradas por la Junta de Tratamiento¹¹⁷⁵.

El art. 84.2 RP permite que en los establecimientos de régimen abierto se puedan establecer, a propuesta de la Junta de Tratamiento, distintas modalidades¹¹⁷⁶ en el sistema de vida de los internos con base a:

¹¹⁷⁵ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., *Manual de...*, op. cit., pág. 338

¹¹⁷⁶ La normativa obligatoria para todos los CIS fue elaborada por la Subdirección General de Medio Abierto en el año 2010, estableciendo que el sistema de funcionamiento de los CIS, con base al art. 84.2 RP, es el de *Sistema de Modalidades, no progresivo necesariamente*, y dependiente del tratamiento individual de cada interno. Que enunciaremos como:

1ª FASE

En la Primera Fase se pretende que el nuevo interno se adapte progresivamente a la nueva vida en semilibertad y:

- Proporcionarle información sobre el funcionamiento, normas, actividades y funciones del personal del CIS, así como de su situación penal y penitenciaria.
- Facilitarle la actualización de la documentación personal
- Elaborar un programa de intervención, que será revisado a medida que el proceso de integración vaya avanzado.

Horario: desde las 14 horas del Sábado a las 22 horas del Domingo

2ª FASE

En esta fase estarán los internos clasificados en tercer grado que presenten algún déficit formativo, laboral, personal y / o de vinculación familiar. Caracterizándose esta fase de adaptación por su similitud en cuanto a la convivencia se refiere con cualquier otro colectivo de carácter ciudadano, sin más restricciones que las determinadas en nuestra legislación penitenciaria.

Las salidas al exterior se realizarán de forma progresiva según las necesidades individuales de cada interno, pudiendo utilizarse como un incentivo dentro de su programa individualizado y siempre que exista algún objetivo o motivación de las mismas.

Atención personalizada a las carencias específicas presentadas por el interno, pudiendo ser derivado a los servicios sociales comunitarios de forma que faciliten su integración.

Horario de salidas de Fin de Semana: desde las 9 horas del Sábado a las 22 horas del Domingo.

3ª FASE

Tras el estudio individualizado de cada interno, la Junta de Tratamiento podrá acordar un régimen de vida que posibilite al mismo una mayor integración sociolaboral y familiar. En estos casos el interno tendrá que permanecer en el CIS durante el tiempo mínimo fijado en su programa individual para la realización de actividades de tratamiento, entrevistas y controles presenciales. En estos casos el control de la actividad exterior se realizará como mínimo de forma mensual.

Los principios de responsabilización y autocontrol deben orientar la dinámica de esta fase.

El horario de salida al exterior será más amplio que en fases anteriores

La permanencia del interno en esta fase durará hasta que salga en libertad condicional o definitiva una vez cumplida la condena, salvo que sea regresado de fase.

La importancia que adquiere en esta fase el control y seguimiento de las actividades exteriores que realizan los internos lleva a aplicar de forma escrupulosa el sistema de seguimiento extrapenitenciario previsto, siendo mensual como mucho la cadencia máxima de revisión de dicho seguimiento.

Horario de salidas de Fin de Semana: desde las 15 horas del Viernes hasta el inicio de la jornada laboral del Lunes. En caso de iniciar la actividad laboral el lunes muy temprano podrán firmar el término de fin de semana el domingo entre las 20 y 22 horas.

Estos horarios podrán variar conforme dispone la orden de delegación de competencias *Orden INT/1127/2010 de 19 de abril*

- las características de éstos
 - su evolución personal
 - la necesidad de control a mantener durante sus salidas al exterior
 - las medidas de ayuda que necesiten para atender a sus carencias.
-

FASE 0

A aquellos internos, independientemente de la fase que tengan asignada, o bien inicialmente, que demuestren una inadaptación laboral, social, de convivencia o incumplimiento del compromiso personal, la Junta de Tratamiento podrá asignarles, previo informe del Equipo Técnico, la fase 0 de Observación.

Entre otros casos que considere el Equipo de Tratamiento, podrán incluirse en esta fase a los siguientes internos:

- A quienes se les hayan abierto diligencias policiales y/o judiciales por la presunta comisión de algún delito, en aquellos casos que por la entidad de los hechos se haya descartado la regresión de grado.
- Los que hayan dado algún positivo en las pruebas analíticas o de alcoholemia realizadas.
- Quienes muestren signos evidentes de consumo de algún tóxico y no se les pueda realizar las pruebas arriba indicadas.
- Los que habiéndose comprometido a satisfacer la responsabilidad civil derivada del delito no lo hagan, pudiendo hacerlo.

La asignación de esta fase conlleva pernoctar en el establecimiento el viernes, sábado y domingo.

El horario de salida al exterior habitual será de 17.30 a 21.45 salvo mención expresa de suspensión de este Horario de salidas de Fin de Semana.

Observaciones

- Se entiende, por tanto, que los internos incluidos en la 1ª y 2ª Fase, sea cual fuese su situación de salidas al exterior, pernoctarán diariamente el Viernes y el Domingo en el Centro.
- Horarios: Indicativos. Deberán adaptarse en cada centro según estime el Consejo de Dirección o en su caso la Junta de Tratamiento, en función del transporte público, lejanía de lugar de trabajo, etc.

El apartado tercero del art. 82 llega a autorizar modalidades de vida específicas según las características de los internos, de su evolución personal, de los grados de control a mantener durante sus salidas al exterior y de las medidas de ayuda que necesiten para atender sus carencias (art. 84.2 RP)¹¹⁷⁷. También se debe de atender y ayudar a aquellos internos que en el momento de acceder al tercer grado no dispongan de recursos suficientes para desarrollar una actividad estable en el exterior o tengan carencias importantes en el apoyo familiar o social que dificulten su integración.

A pesar de todo lo dicho anteriormente, el Reglamento Penitenciario sólo distingue dos modalidades de régimen abierto. Por un lado, el regulado en el art. 83 del RP que podemos denominar *pleno*. Y por otro, el establecido en el art. 82 llamado régimen abierto *restringido*. Lo cual nos parece claramente incompleto puesto que, como hemos visto, actualmente se pueden diferenciar hasta nueve modalidades de vida diferente en medio abierto, todo ello permite llevar a cabo una mayor individualización en el programa y régimen de vida cada penado.

Consideramos oportuno hacer mención al Auto del JVP N° 5 de la Comunidad Valenciana de fecha 2/7/2012, en el que al progresar a la interna R.P.S. a tercer grado, indica que queda clasificada en tercer grado del art. 82 del Reglamento Penitenciario que “*automáticamente pasará a la modalidad del art. 83 cuando se compruebe por el Centro una oferta laboral concreta sin necesidad de nueva resolución de este Juzgado...*”.

Desde nuestro punto de vista, en este Auto el JVP interfiere claramente en las competencias de la Administración Penitenciaria, puesto que es ésta la competente para realizar tanto las clasificaciones de grado como las revisiones y los cambios de modalidad de las mismas (art. 84.2 en relación con el art. 105 RP). Por tanto, entendemos que el JVP sólo puede intervenir en caso de recurso cuando el interno o el Ministerio Fiscal recurran el acuerdo de la Junta de Tratamiento en la que

¹¹⁷⁷ MIR PUIG, C., *Derecho...*, op. cit., pág. 54

se le deniegue al interno un cambio de modalidad de vida que legalmente le corresponda. No tiene sentido conceder una modalidad de vida del art. 83 RP “*futurible*” para cuando el interno tenga trabajo puesto que puede que no lo pueda tener durante todo el cumplimiento de la pena, como realmente ocurre en muchos casos. O por el contrario, podría pasar a la modalidad del art. 83 RP por otras razones (formativas, familiares, etc.) que la Junta de Tratamiento estime oportunas y no sólo por motivos laborales.

C. RÉGIMEN ABIERTO RESIDENCIAL

La desaparecida Subdirección General de Medio Abierto distinguía dos sistemas de vida para los penados en medio abierto. Por un lado, uno al que denominaba “abierto residencial” porque implica que el penado va a residir por regla general en el centro de inserción social (dormir, comer, actividades, etc.). En esta modalidad estarían los residentes clasificados en tercer grado pleno del art. 83 RP, tercer grado restringido del art. 82.1 RP y los de segundo grado con aplicación del principio de flexibilidad del art. 100.2 RP. Por otro lado diferenciaba el “abierto extrapenitenciario”, por cumplirse fuera de prisión, en base a los arts. 165, 182 y 86.4 RP respectivamente.

a) Régimen abierto pleno.

Esta modalidad común o plena del régimen abierto, desarrollada en el art. 83 RP, viene a constituir así como una aproximación a la denominada prisión abierta, donde se desenvuelve con amplitud las salidas del penado, tanto diarias, autorizadas, como de fines de semana, al margen de los permisos ordinarios¹¹⁷⁸. Por tanto es lo que se viene llamando en la doctrina la prisión abierta que se define como aquella que no

¹¹⁷⁸ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., *Manual de..., op. cit.*, pág. 338

presenta obstáculos físicos contra la evasión (muros, alambradas, rejas, fosos, vigilancia exterior), que ya se introdujo legalmente en la reforma de 1968 del Reglamento de Prisiones de 1956, que también existe en el derecho comparado (así pueden citarse las Reglas 63.2 de las Naciones Unidas y 64.2 del Consejo de Europa, artículos 2 del reglamento belga y 142 de las Instrucciones Generales, art. 273 y siguientes del Código de Procedimiento Penal francés, art. 7 de la Ley Sueca, artículos 48 y ss. de la Ley Penitenciaria italiana, y arts. 15.2, 141.2 y 147 de la Ley de Ejecución alemana¹¹⁷⁹).

Según el art. 83.1: "*La actividad penitenciaria en régimen abierto tiene por objeto potenciar las capacidades de inserción social positiva que presentan los penados clasificados en tercer grado, realizando las tareas de apoyo y de asesoramiento y la cooperación necesaria para favorecer su incorporación progresiva al medio social*".

El art. 83.2 RP determina los *principios* aplicables a este tipo de régimen de vida:

-Atenuación de las medidas de control, sin perjuicio del establecimiento de programas de seguimiento y evaluación de las actividades realizadas por los internos dentro y fuera del Establecimiento.

-Autorresponsabilidad, mediante el estímulo de la participación de los internos en la organización de actividades.

-Normalización social e integración, proporcionando al interno, siempre que sea posible, atención a través de los servicios generales de la comunidad para facilitar su participación plena y responsable en la vida familiar, social y laboral.

-Prevención para evitar la desestructuración familiar y social.

-Coordinación con cuantos organismos e instituciones públicas o privadas actúen en la atención y reinserción de los

¹¹⁷⁹ MIR PUIG, C., Derecho..., *op. cit.*, pág. 52

reclusos, promoviendo criterios comunes de actuación para conseguir su integración en la sociedad¹¹⁸⁰.

Dentro del régimen abierto pleno podemos hablar de otra submodalidad de régimen abierto pleno puesto que el art. 82.2 RP establece que: “en el caso de mujeres penadas clasificadas en tercer grado, cuando se acredite que existe imposibilidad de desempeñar un trabajo remunerado en el exterior, pero conste, previo informe de los servicios sociales, que van a desempeñar efectivamente las *labores de trabajo doméstico en su domicilio familiar*, se considerarán estas labores como trabajo en el exterior”. Esta posibilidad conlleva la aplicación de un régimen abierto pleno a estas mujeres, lo que resulta del todo contradictorio con el principio de igualdad proclamado en el art. 14 de la Constitución¹¹⁸¹. Por ello, como dice **Nieto García**, la previsión contenida en este precepto se considera desafortunada, tanto desde un punto de vista sistemático como por su propio contenido. Al enunciar las previsiones del art. 82.2 para las mujeres penadas clasificadas en tercer grado que desempeñen actividades laborales de carácter doméstico en su domicilio familiar, incurre en discriminación positiva, toda vez que, a todos los efectos, se ha de equiparar el trabajo de estas características que desempeñe un interno, con independencia de su sexo, a cualquier actividad laboral en el exterior del Establecimiento Penitenciario, disfrutando por ello del régimen de vida previsto en el art. 83 RP y en ningún caso en el régimen restringido del art. 82 RP¹¹⁸². Como bien dice **Juanatey**

¹¹⁸⁰ En este mismo sentido en “El model de rehabilitació a les persons catalanes”. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Direcció General de Serveis Penitenciaris. Juliol 2011. Págs. 64-65

¹¹⁸¹ CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho...*, op. cit., 1ª Ed. Valencia., 2001, pág. 141; 3ª Ed., pág. 218. En el mismo sentido se pronuncia en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Coordinador) FERNÁNDEZ GARCÍA, J., PÉREZ CEPEDA, A. I., SANZ MULAS, N., ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Manual...*, op. cit., Salamanca, pág. 200

¹¹⁸² NIETO GARCÍA, A. J., “Breve guía...”, op. cit., pág. 9. También su artículo “El acceso...”, op. cit., pág. 3

Dorado¹¹⁸³ este artículo constituye una clara vulneración del principio de igualdad, pues supone un trato discriminatorio para los hombres. Parece obvio que si un interno acredita que va a realizar las tareas domésticas en su hogar, no se le podrá negar por el hecho de que la norma sólo se refiera a mujeres; se trata de un *lapsus* imperdonable del legislador.

Estrecha relación con el artículo citado guarda el art. 179 RP que determina: “Con relación a las *internas con hijos menores clasificadas en tercer grado*, la Junta de Tratamiento podrá aprobar un horario adecuado a sus necesidades familiares con el fin de fomentar el contacto con sus hijos en el ambiente familiar, pudiendo pernoctar en el domicilio e ingresar en el Establecimiento durante las horas diurnas que se determinen”. Por tanto en este artículo se prevé, para las internas clasificadas en tercer grado con hijos menores de edad, que la Junta de Tratamiento puede aprobar un horario especial para que la madre pueda atender a sus necesidades familiares y fomentar el contacto con sus hijos fuera del establecimiento penitenciario, para ello, puede salir de día y realizar la convivencia con su hijo en su ambiente familiar, asimilándose, esta estancia en el domicilio familiar para atender a las necesidades de su familia, al trabajo fuera de la prisión, a que tendría derecho por estar en el tercer grado. También cabe la posibilidad que se le conceda que vaya a dormir a su domicilio e ingresar en el Centro las horas diurnas que se determinen, como se recoge en el artículo 86 RP. La madre interna podrá dormir en su domicilio si acepta el control telemático¹¹⁸⁴. Habría que actuar de la misma forma en el supuesto de hombres que se encuentren en similares situaciones. Pues de lo contrario, supondría una vulneración del

¹¹⁸³ JUANATEY DORADO, C., *Manual de...*, *op. cit.*, pág. 89. En similar sentido se pronuncia en “Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal”. Coordinador BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Coordinador) FERNÁNDEZ GARCÍA, J., PÉREZ CEPEDA, A. I., SANZ MULAS, N., ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Lecciones...*, *op. cit.*, Madrid, 2010, pág. 101

¹¹⁸⁴ ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V., *Reglamento penitenciario comentado: análisis sistemático y recopilación de legislación*, Sevilla. 2006, págs. 320-321.

derecho a la igualdad de sexos recogido en el art. 14 de la Constitución. Una situación muy similar en la que se puede vulnerar el principio de igualdad es que sólo se prevén las unidades de madres, es decir, departamentos en los que pueden estar las madres con hijos hasta 3 años, pero no establece la posibilidad de que pueda haber sólo padres si tienen la patria potestad.

Acertadamente la Inst. 13/2006, preveía el acceso al régimen abierto de penados que se encontraran en determinadas situaciones específicas por razones personales, familiares, entre otras, donde se recogía expresamente a las madres con hijos. La Inst. 9/2007, contempla como la Inst. 13/2006, la concesión del régimen abierto a las madres residentes en unidades dependientes, y amplía la concesión del régimen abierto al progenitor que debe atender a los hijos menores de edad en horario incompatible con los de la sección abierta de la prisión, previsión importante, pues ya no se limita a la madre la concesión de este régimen para cuidar a los hijos, sino que habla de los progenitores, por lo que cualquiera de ellos puede acceder a este sistema, de acuerdo a lo que recomiendan las normas internacionales y el principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución¹¹⁸⁵.

b) Régimen abierto restringido.

Este tipo de régimen abierto se implantó en el RD 787/1984, de 28 de marzo, que modificó el RP de 1981, para evitar que los internos clasificados en tercer grado no volviesen a entrar a dormir o a realizar otro tipo de actividades en el interior de un centro penitenciario de régimen ordinario dado el inconveniente que había respecto a entrada de drogas, amenazas, etc. Por tanto todo clasificado en tercer grado debe aplicársele el

¹¹⁸⁵ SERRANO TÁRREGA, M^a. D., “La consideración del género en la ejecución de las penas privativas de libertad”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXX. Octubre, 2010, págs.528-529

régimen abierto y aunque sea el restringido se debe cumplir fuera de prisiones de régimen ordinario¹¹⁸⁶.

Según el art. 82.1 del RP este régimen de vida puede aplicarse a internos que tienen:

- *Una peculiar trayectoria delictiva*. Lo que puede asociarse a un historial delictivo consolidado, o bien tipología delictiva base de condena especialmente relevante, que aconseja minimizar riesgos sociales derivados de un eventual fracaso¹¹⁸⁷. Por tanto, no es un delincuente primario sino que ya tiene antecedentes penales, o bien que ha cometido delitos de especial gravedad: contra la vida, la libertad sexual, contra la salud pública, etc¹¹⁸⁸.

- *Una personalidad anómala*. Lo que puede tener por base razones de perfil de baja inteligencia, presencia de psicopatologías o presencia de conductas adictivas no completamente superadas¹¹⁸⁹.

- *Condiciones personales diversas*. Podemos entender como tales la baja capacidad de autocontrol, entorno social marginal o delincencial, etc¹¹⁹⁰. Otra de estas condiciones

¹¹⁸⁶ MIR PUIG, C., *Derecho...*, op. cit., pág. 54

¹¹⁸⁷ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., *Manual de...*, op. cit., pág. 338

¹¹⁸⁸ Auto Audiencia Provincial de Madrid 544/2003, de 3 de junio, que consideró conveniente aplicar este régimen a un interno al que tan sólo le restaban ocho meses para cumplir su condena y que, por un lado, asumía mal su responsabilidad por los hechos que habían motivado su condena, era reincidente y, al parecer, consumía drogas, pero, por otro lado, tenía a su favor la participación en talleres de trabajo, una actitud laboral positiva, el apoyo de una familia estructurada en España y una relación afectiva con una nacional española. Para la toma de decisión en este caso fue determinante la necesidad de “preparar” al interno para la vida en libertad.

¹¹⁸⁹ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., *Manual de...*, op. cit., págs. 338-339

¹¹⁹⁰ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., *Manual de...*, op. cit., pág. 339.

desfavorables sería la falta de apoyo familiar y social, y que por lo tanto no tenga donde ir cuando sale de la prisión.

- *Imposibilidad de desempeñar un puesto de trabajo en el exterior.* Está claro que esta circunstancia no va ser siempre determinante pues habrá internos que aún no teniendo trabajo en el exterior pueden tener aplicado el régimen pleno: jubilados, amas de casa, enfermos, etc. También se puede dar la situación inversa, penados que cuentan con un trabajo pero que la Junta de Tratamiento considera que deben estar más *controlados*.

- *Cuando lo aconseje su tratamiento.* Está claro que si la Junta de Tratamiento entiende que el interno requiere un tratamiento que exige la presencia del interno durante más tiempo en el centro para realizar algún tipo de intervención, se le podrá aplicar este régimen restringido.

En esta modalidad la Junta de Tratamiento determina el régimen de vida *individualizado* de cada interno, estableciendo las condiciones, controles y medios de tutela que deban observar (art. 82.1 in fine RP)¹¹⁹¹.

Continúa el art. 82.3: “*La modalidad de vida tendrá por objetivo ayudar al interno a que inicie la búsqueda de un medio de subsistencia para el futuro o, en su defecto, encontrar alguna asociación o institución pública o privada para su apoyo o acogida en el momento de su salida en libertad*”, y se asimilará, lo máximo posible, a los principios del régimen abierto fijados en el art. 83 del RP, ya indicados.

Con buen criterio ordena la Inst. 9/2007, de 21 de mayo, la inexistencia de oferta laboral en el exterior, no supondrá “*per se*” la asignación de un régimen restringido si el penado está incluido en otras actividades educativas, terapéuticas, etc. Además esta interpretación es más adecuada en el momento actual en la que es difícil encontrar trabajo debido a la crisis que sufrimos.

¹¹⁹¹ En este mismo sentido en “El model de rehabilitació a les persons catalanes”. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Direcció General de Serveis Penitenciaris. Juliol 2011. Pág. 65

Como ya hemos expuesto, determina el art. 84.2 RP: “En los Establecimientos de régimen abierto podrán establecerse, a propuesta de la Junta de Tratamiento, distintas modalidades en el sistema de vida de los internos...”. Los cambios de modalidad, del art. 82 al 83 o viceversa, son propuestos por la Junta de Tratamiento y remitidos al Centro Directivo para su aprobación¹¹⁹², a diferencia del supuesto contenido en el art. 82.1, en el que se establece la competencia de la Junta de Tratamiento para establecer la modalidad de vida en régimen abierto adecuada para estos internos y restringir las salidas al exterior, estableciendo las condiciones, controles y medios de tutela que se deban observar durante las mismas, en su caso.

Consideramos oportuno hacer mención al Auto del JVP Nº 5 de la Comunidad Valenciana de fecha 2/7/2012, en el que al progresar a la interna R.P.S. a tercer grado, indica que queda clasificada en tercer grado del art. 82 del Reglamento Penitenciario y que: “*El tercer grado concedido llevará consigo*

¹¹⁹² La reforma de delegación de competencias operada por la Orden INT/1127/2010, de 19 de abril por la que la Orden INT/985//2005, de 7 de abril, por la que se delegan determinadas atribuciones y se aprueban las delegaciones efectuadas por otras autoridades. La organización de los Servicios Centrales, por su parte, ha quedado definida en el Real Decreto 1181/2008, de 11 de julio, por el que se modifica y desarrolla la estructura orgánica del Ministerio del Interior, modificado por el Real Decreto 331/2009, de 13 de marzo, configurándose como una Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, integrada por dos Direcciones Generales. La Dirección General de Gestión de Recursos, encargada de la gestión de los medios necesarios para el desarrollo de la política penitenciaria, y la Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto, a la que se atribuyen distintas funciones de la Secretaría General y, entre ellas, la ejecución de las penas. En esta reforma se incorpora un nuevo punto 5 en el Apartado vigésimo segundo de la Orden INT/985/2005, de 7 de abril, que establece que los Gerentes y Directores de los Centros Penitenciarios y Centros de Inserción Social, por delegación del titular de la Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto, ejercerán las siguientes atribuciones respecto a los internos no vinculados a organizaciones terroristas o internos cuyos delitos no se hayan cometido en el seno de organizaciones criminales: “*Autorizar la aplicación de las diferentes fases y modalidades de vida dentro del régimen abierto a los penados ya clasificados en tercer grado*”.

salidas todos los fines de semana en el horario más amplio posible... ”. Desde nuestro punto de vista entendemos que el JVP interfiere claramente en las competencias propias de la Junta de Tratamiento que es la que debe autorizar las salidas de los internos durante los fines de semana en función de la modalidad de tercer grado en que esté clasificado, la fase del mismo y su programa de tratamiento (art. 87 RP).

D. EXCEPCIONES A LA EJECUCIÓN EN PRISIÓN

La figura de las llamadas formas especiales de ejecución no aparecían explícitamente contempladas ni en la LOGP ni en el RP de 1981, constituyendo así una de las principales innovaciones introducidas en la legislación penitenciaria española por el RP de 1996, con ellas, como declara la Exposición de Motivos este de reglamento, se trataba de profundización del sistema de individualización científica y especialmente en el área de la ejecución del tratamiento penitenciario¹¹⁹³; pero en el RP no se definen el concepto de estas formas especiales, aunque lógicamente, son aquellas diferentes de las formas generales de ejecución dentro de los regímenes ordinarios: cerrado, ordinario y abierto.

La Subdirección General de Medio Abierto incluía en estas modalidades de vida dentro de lo que denominaba medio abierto extrapenitenciario:

- las unidades dependientes (art. 165)
- las comunidades terapéuticas (art. 182)
- el tercer grado del art. 86.4 con medios telemáticos o con otras medidas de control.

Dentro de estas formas especiales de ejecución se establecen varias formulas que permiten al penado clasificado

¹¹⁹³ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., *Manual de..., op. cit.*, pág. 531

en tercer grado cumplir la pena fuera de prisión. Como dice **Manzanares Samaniego**: “*Se trata de una eclosión de posibilidades que en ocasiones se asemejan más a la libertad condicional que a la concepción inicial del tercer grado...se admiten modalidades que pueden reducir excesivamente el contenido aflictivo de la pena*”¹¹⁹⁴. Por todo ello entendemos que estas formas excepcionales de cumplimiento fuera de la prisión abierta deberían incluirse en una futura reforma de la LOGP por carecer actualmente de cobertura legal.

a) Unidades Extrapenitenciarias

La posibilidad regulada en el art. 182 RP, introducida en la reforma de 1984 del RP en el art. 57.1 párrafo quinto, como dice **Nistal Burón**¹¹⁹⁵, es el último eslabón del régimen abierto, como forma de cumplir la pena privativa de libertad, nos encontramos con la posibilidad de hacerlo en un marco totalmente externo al penitenciario, dirigido y organizado por personal totalmente ajeno a la Institución penitenciaria. Esta forma de cumplimiento es donde más se potencia la colaboración de las asociaciones e instituciones extrapenitenciarias en la resocialización de los reclusos, dado que mientras que las Unidades Dependientes se cogestionan de forma conjunta entre la Administración Penitenciaria, estas unidades extrapenitenciarias funcionan de forma autónoma, las únicas competencias que se mantienen por parte del centro penitenciario es la posibilidad de proponer la regresión de grado o la libertad condicional del penado.

Como bien dice **Nieto García** la problemática tóxica que presenta gran parte de la población penitenciaria y que, en la mayor parte de las ocasiones les ha abocado a su carrera delictiva, sobre todo con la comisión de delitos contra el

¹¹⁹⁴ MANZANARES SAMNIEGO, J.L., *Suspensión, sustitución y ejecución de las penas privativas de libertad*, Granada., 2008, pág. 234

¹¹⁹⁵ NISTAL BURÓN, J., "Clasificación de los internos", *Derecho y prisiones hoy*, Cuenca, 2003, pág. 98

patrimonio y el orden socioeconómico, provoca la necesidad de emprender programas de intervención en los Centros Penitenciarios. La preocupación descrita no sólo tiene su vertiente intrapenitenciaria, sino que, a fin de continuar en unos casos con los programas de intervención de los que ya participan los internos en el interior de los Establecimientos Penitenciarios o de continuar con un programa externo del que ya venía participando con anterioridad a su ingreso en prisión, se establecen derivaciones a Instituciones extrapenitenciarias que desarrollan programas de intervención propios de la problemática tóxica, acogiendo diferentes fases de ejecución en función del perfil del interno: de ingreso en comunidad terapéutica o de inserción o acogida del interno¹¹⁹⁶. Se pueden tratar mediante este sistema las adicciones no sólo de las drogas y estupefacientes, sino también al alcohol y al juego¹¹⁹⁷, así lo establece el art. 182 RP: *“El Centro Directivo podrá autorizar la asistencia en instituciones extrapenitenciarias adecuadas, públicas o privadas, de penados clasificados en tercer grado que precisen un tratamiento específico para deshabitación de drogodependencias y otras adicciones dando cuenta al Juez de Vigilancia”*.

El examen del citado artículo ha suscitado el problema de si se requiere un internamiento efectivo o si bien cabe matizar la presencia del penado a una simple asistencia, con posibilidad de pernoctar en su domicilio. Esta segunda posibilidad de pernoctar en el domicilio aparece implícitamente asumida por el texto al hablar de la mera “asistencia”¹¹⁹⁸.

La autorización estará sometida a las siguientes condiciones, que deberán constatarse en el protocolo del interno instruido al efecto:

¹¹⁹⁶ NIETO GARCÍA, A. J., “Breve guía de...”, *op. cit.*, pág. 19

¹¹⁹⁷ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., *Manual de...*, *op. cit.*, pág. 547. En este mismo sentido se pronuncia JUANATEY DORADO, C., *Manual de...*, *op. cit.*, pág. 97.

¹¹⁹⁸ En este mismo sentido se pronuncia FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., *Manual de...*, *op. cit.*, pág. 546

-Programa de deshabitación aprobado por la institución de acogida, que deberá contener el compromiso expreso de la institución de acoger al interno y de comunicar al Centro penitenciario las incidencias que surjan en el tratamiento.

-Consentimiento y compromiso expreso del interno para observar el régimen de vida propio de la institución de acogida¹¹⁹⁹.

-Programa de seguimiento del interno, aprobado conjuntamente por el Centro penitenciario y la institución de acogida, que deberá contener los controles oportunos establecidos por el Centro, cuya aceptación previa y expresa por el interno será requisito imprescindible para poder conceder la autorización.

Algún autor, como **Racionero Carmona**, ha demandado que esta modalidad de cumplimiento pueda ser aplicable a otro tipo de internos como aquellos con determinadas disfunciones psicológicas (no psiquiátricas) que puedan cumplir su condena en Centro Educativo Especial¹²⁰⁰. Nos parece acertada esta propuesta, por qué sólo va ser posible destinar a unidades extrapenitenciarias a penados con problemas de drogadicción, y no por otro tipo de carencias psicológicas dónde puedan recibir un tratamiento de su patología si está vinculado con su etiología delictiva.

Respecto a la exigencia del cumplimiento del *periodo de seguridad* a los internos que se les pretenda aplicar el tercer

¹¹⁹⁹ En el Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid 150/2066, de 21 de abril, se manifestó que la exigencia de clasificación en tercer grado pone de manifiesto que no siempre que haya una problemática de toxicomanía debe acudir al cumplimiento de la pena en una unidad extrapenitenciaria, sino que es necesario comprobar, además, que el interno reúne unas condiciones de adaptación y de control suficientes que permitan albergar ciertas garantías básicas y la confianza de que puede seguir de éxito ese régimen de vida extrapenitenciario, a veces estricto, y evitar así quebrantamientos o involuciones en el tratamiento

¹²⁰⁰ RACIONERO CARMONA, F., *Derecho Penitenciario y...*, *op. cit.*, pág. 243

grado en base al art. 182 RP, **De Castro Antonio**¹²⁰¹ opina que exigir este requisito sería cuanto menos desnaturalizar *in extremis* el principio de tratamiento individualizado y los fines de reinserción social que propugna la LOGP (...). El pronóstico se podrá realizar una vez concluido el tratamiento, pero no *a priori*. Lo contrario sería quebrar los principios de individualización científica en materia penitenciaria y vulnerar, entre otros, el contenido del art. 67 LOGP: "...concluido el tratamiento o próxima la libertad del interno se emitirá un informe pronóstico final en el que se manifestarán los resultados conseguidos por el tratamiento...".

Estamos de acuerdo que en estos casos el tratamiento es consustancial a la aplicación del régimen del art. 182 RP y que el pronóstico de reinserción será consecuencia directa, por tanto, al no poderse exigirse un pronóstico previo de reinserción tampoco puede exigirse el previo del periodo de seguridad. Es decir, que en estos supuestos no se debería exigir el cumplimiento del periodo de seguridad pues esto podría frenar el acceso al tercer grado dado que no podría realizarse el previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción hasta que el penado no haya finalizado el programa de deshabituación, otra cosa es que el informe pronostique un *comportamiento favorable* para la aplicación del régimen de vida del art. 182 RP.

En la práctica penitenciaria la posibilidad de clasificación en tercer grado art. 182 se materializa de dos formas diferentes:

La clasificación en este grado de los internos que estaban realizando un programa de deshabituación de drogas que se ve interrumpido por su ingreso en prisión, porque el penado no está en condiciones de acceder a la suspensión condicional ni a que se le aplique la medida de seguridad alternativa al cumplimiento. Esta clasificación es importante en todos los casos y, especialmente, en los supuestos en que las personas condenas estén realizando programas de rehabilitación de

¹²⁰¹ DE CASTRO ANTONIO, J.L., "El periodo de seguridad", *XIII Reunión de Jueces de Vigilancia*, Valencia, 2004, pág. 5

drogodependencias, a fin de que puedan continuar en los mismos¹²⁰².

-La de aquéllos que en el curso de su evolución penitenciaria al estar realizando un programa de deshabituación en el propio establecimiento penitenciario, se considera oportuno su clasificación en tercer grado para que siga su tratamiento en el exterior.

Según la Inst. 9/2007 el art. 182 RP se podrá aplicar a aquellos internos que presenten las siguientes circunstancias:

-Existencia de una necesidad terapéutica abordable desde el exterior, avalada por su andadura intrapenitenciaria o contactos previos a su ingreso, si se trata de reciente ingreso.

-Institución extrapenitenciaria de acogida acreditada por el Plan Nacional de Drogas.

-Acogida con contención suficiente, adecuada a cada caso, bien a través e la familia o bien de la propia institución.

b) Unidades Dependientes

El art. 165 RP establece la posibilidad de crear Unidades Dependientes, determinando que son unidades arquitectónicas destinadas a internos clasificados en tercer grado, las cuales se caracterizan por estar ubicadas fuera del recinto de los Centros penitenciarios, preferentemente en viviendas ordinarias del entorno comunitario, sin ningún signo de distinción externa relativo a su dedicación y que ofrecen servicios y prestaciones de carácter formativo, laboral y tratamental. La gestión se hace de forma directa y preferente por asociaciones u organismos no penitenciarios, sin perjuicio de la participación que la Administración penitenciaria pueda tener en las tareas con personal de ella dependiente y sin perjuicio de las funciones de control y coordinación que en todo caso le competen. Este tipo de colaboración se basa en el art. 69.2 LOGP que establece que

¹²⁰² RÍOS MARÍN, J. C., *Manual de...*, op. cit., pág. 88

a los fines de obtener una efectiva reinserción social de los internos prevé la colaboración y participación de los ciudadanos y de las instituciones o asociaciones públicas o privadas dedicadas a la resocialización de los penados. Por tanto estas unidades constituyen un exponente o proyección especial del principio general contenido en el art. 69.2 LOGP de la inestimable colaboración de la sociedad en la resocialización de los penados¹²⁰³. Sin duda, el cumplimiento de condena en estas viviendas urbanas facilita el acceso a los recursos comunitarios, circunstancia ésta que determina que el propio lugar de cumplimiento de condena sea un elemento activo del programa de reinserción¹²⁰⁴.

Se requiere aceptación expresa del penado. La vida se caracteriza por la atenuación de las medidas de control, la autorresponsabilidad, la normalización social y la integración del interno (art. 83.2 RP), por ello el penado debe estar clasificado en el tercer grado pleno.

Estas unidades han de ser creadas por orden ministerial, previa la correspondiente suscripción del convenio de colaboración con una asociación u organismo extrapenitenciario. Las primeras unidades de este tipo fueron las creadas por Orden Ministerial de 15 de abril de 1987 que establecía la Unidad dependiente del Centro Penitenciario de Mujeres de Valencia, siendo Directora del mismo Mercedes Jabardo, y la Unidad Dependiente del Complejo Penitenciario Femenino de Madrid por Orden de 22 de febrero de 1988.

Estas unidades dependientes estaban reguladas por la Circular 17/1995, de 26 de junio. La mayor parte de estas unidades, once actualmente, acogen madres con hijos menores, ahora si bien el art. 38.1 LOGP establece que en los departamentos de madres podrán tener las internas a sus hijos

¹²⁰³ En este mismo sentido en “El model de rehabilitació a les persons catalanes”, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia. Direcció General de Serveis Penitenciaris, Juliol 2011, pág. 65

¹²⁰⁴ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., *Manual de..., op. cit.*, pág. 16. De este mismo autor “El acceso al...”, *op. cit.*, pág. 5

hasta que cumplan los tres años edad, cuando se trata de unidades dependientes suele haber niños mayores de esta edad dado que viven en un ambiente *extramuros* normalizado.

Según la Inst. 9/2007 el art. 165 RP se podrá aplicar a aquellos internos, que, reuniendo los requisitos para el acceso a tercer grado, presenten además las siguientes circunstancias:

-Pertenencia a grupo de internos con el perfil preferente de atención de la unidad dependiente (madres, jóvenes, estudiantes).

-Que hayan disfrutado de permisos de salida sin incidencias.

-No consumidores de drogas y en el caso de haberlo sido, deben estar en periodo de abstinencia contrastado.

-Ser preferentemente primarios.

-Que puedan beneficiarse de programas formativos o laborales.

-Perfil adecuado a la convivencia en régimen de autogestión, especialmente, que no presenten anomalías de personalidad o conducta que pudieran alterar gravemente la convivencia en las Unidades.

Como alternativa al cumplimiento típico en las Unidades Dependientes donde predominaba la vigilancia por parte del personal de la Administración Penitenciaria van surgiendo nuevas formas de control de los penados, en unos casos las salidas y entradas de los mismos son supervisadas por parte del personal de la propia ONG que gestiona la unidad, y en otros se ha establecido la aplicación del art. 86.4 RP con medios telemáticos a los internos allí destinados, lo cual permite un control más objetivo para el cumplimiento de los horarios. Por tanto podríamos hablar de una modalidad mixta de tercer grado del art. 165 en relación con el 86.4 del RP. Esta posibilidad puede encontrar su base en la aplicación del art. 100.2 RP (principio de flexibilidad) pues si éste permite un modelo de ejecución en el puedan combinarse aspectos de diferentes grados, siempre que y cuando dicha medida se fundamente en

un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado, nada impide que se combinen diferentes modalidades de cumplimiento de la pena en tercer grado con la misma finalidad¹²⁰⁵.

¹²⁰⁵ Como ejemplo podemos citar la Orden INT/3341/2010, de 13 de diciembre, por la que se crea la Unidad Dependiente “En Davant” (Gandía, Valencia), publicada en el BOE de 27/12/2010 establecía que esta unidad nace con la finalidad de albergar mujeres y hombres penados a penas privativas de libertad, clasificados en tercer grado de tratamiento y que han demostrado ampliamente una buena trayectoria penitenciaria y positiva evolución personal... Se pretende así alcanzar una forma de cumplimiento perfectamente regulado legalmente y de trayectoria ampliamente consolidada, sin estigmas ni cortapisas de ningún tipo, que intenta propiciar la mejor forma de reincorporación social de estos hombres y mujeres sin merma de las pertinentes ayudas y del *seguimiento necesario a cargo de la propia Administración Penitenciaria*, así como de la Asociación colaboradora y de otros posibles agentes sociales. En el convenio de colaboración firmado entre la ONG y la Administración Penitenciaria se establecía que, teniendo en cuenta la Instrucción 9/2007 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y el art. 165 RP, podrán ser destinados a esta Unidad aquellos internos, que, reuniendo los requisitos para el acceso a tercer grado, presenten un perfil de atención preferente en la Unidad y reúnan las siguientes circunstancias:

- No tener trayectoria delictiva consolidada.
- No consumidor de drogas y en el caso de haberlo sido, debe estar en periodo de abstinencia contrastado.
- No condenado por delitos contra la libertad sexual
- Con vinculación laboral, familiar o formativa en la comarca de La Sabor.
- Perfil adecuado a la convivencia en régimen de autogestión, especialmente, que no padezcan patología mental ni presenten anomalías de personalidad o conducta que pudieran alterar gravemente la convivencia en las Unidad.

Sin duda, el cumplimiento de condena en esta Unidad facilita el acceso a los recursos comunitarios, circunstancia ésta que determina que el propio lugar de cumplimiento de condena sea un elemento activo del programa de reinserción, por todo ello también *podrán estar Unidad los residentes clasificados en tercer grado con la modalidad del art. 86.4 RP con o sin medios telemáticos.*

No obstante, el desarrollo práctico de estas Unidades en los últimos tiempos¹²⁰⁶ viene abriéndose a la asignación a las mismas de penadas – principalmente con hijos menores-clasificadas en segundo grado, con aplicación del principio de flexibilidad establecido en el art. 100.2 RP¹²⁰⁷.

Así mismo, el Reglamento Penitenciario combinando la forma especial de ejecución anterior (Unidad Dependiente) y la condición de internas con madres con hijos menores de tres años, contempla en el art. 180 RP la posibilidad de que las internas clasificadas en tercer grado de tratamiento, con hijos menores, sean destinadas a estas Unidades Dependientes.

c) Unidades externas de madres

En el “Plan de amortización y creación de Centros Penitenciarios 2005”, aprobado en Consejo de Ministros de 18 de noviembre, que se preveía cabo en el período 2006-2012, se prevé la creación de cinco Unidades de Madres¹²⁰⁸, en las Comunidades Autónomas de Valencia, Andalucía, Baleares y Canarias¹²⁰⁹. La fundamentación de estas unidades podemos

¹²⁰⁶ NIETO GARCÍA, A. J. “El acceso al...”.*Op. Cit.* Pág.4. Es autor manifiesta que: “No se comprende la política penitenciaria desarrollada en las legislaturas de 2004 a 2011 en las que, lejos de apostar por la proliferación de este espacio material de cumplimiento de condena con potencialidades reinsertadoras únicas en las urbes —como venía desarrollándose con completa normalidad en las dos últimas décadas— se haya apostado por la implementación de los Centros de Inserción Social, en polígonos industriales, alejados en algunos kilómetros de las ciudades, sin fácil acceso, con efectos desocializadores del recluso.

Esta política penitenciaria ha supuesto no sólo la no proliferación de Unidades Dependientes sino el cierre de las ya en marcha, al asumir los Centros de Inserción Social la población penitenciaria que albergaban estos «pisos comunitarios urbanos».

¹²⁰⁷ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., *Manual de..., op. cit.*, pág. 536

¹²⁰⁸ Informe General de Instituciones Penitenciarias 2005. Pág. 365.

¹²⁰⁹ Informe General de Instituciones Penitenciarias 2005. Pág. 314.

encontrarla claramente en el Informe del Parlamento Europeo sobre la situación especial de las mujeres en los centros penitenciarios y las repercusiones de la encarcelación de los padres sobre la vida social y familiar, aprobado el 28 de enero de 2008, insta a los Estados miembros a que creen unas condiciones de vida adaptadas a las necesidades de las madres con hijos, en *unidades plenamente independientes y alejadas, en la medida de lo posible, del entorno carcelario ordinario*, mediante su integración en las guarderías o recursos escolares de la comunidad y mediante un régimen de salidas flexible y generoso con la familia extensa o a cargo de personal de asociaciones de protección a la infancia, que permitan un desarrollo físico, mental, moral y social adecuado.

La puesta en marcha de estas unidades tuvieron lugar en el año 2009, como reconoce el documento del Ministerio del Interior donde se regulan estas Unidades¹²¹⁰, la SGIIPP en el que “se asume el compromiso de sacar a los niños definitivamente de los recintos carcelarios y de mejorar estas condiciones de vida diseñándose lo que denominamos como Unidades Externas de Madres, esto es, un modelo alejado de los centros penitenciarios, con vocación de integrarse en la comunidad”¹²¹¹. Con la creación de estas nuevas estructuras se pretende segregar definitivamente las Unidades de Madres de los centros penitenciarios, independizarlas de los mismos y dotarlas de completa autonomía penitenciaria para establecer un régimen de convivencia específico. Se ha diseñado cada elemento estructural, desde su vistoso aspecto exterior a la dotación de espacios educativos; desde la intimidad familiar que proporcionan los pequeños apartamentos a las discretas medidas de seguridad; todo ello en orden a facilitar un desarrollo armonioso de los menores y una adecuada relación materno filial.

¹²¹⁰ SERRANO TÁRREGA, M^a D., “La consideración del género en la ejecución de las penas privativas de libertad”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXX, Octubre, 2010, págs. 533-535

¹²¹¹ Orden 164/2008, del Ministerio del Interior, de 5 de julio, por la que se crean las Unidades de Madres de Mallorca y Sevilla.

La finalidad primordial de estas unidades es la mejora de las condiciones de desarrollo físico, madurativo y psicológico de los hijos de mujeres condenadas a una pena privativa de libertad. Se trata de obtener la máxima normalización en la vida de los menores allí ingresados. El ingreso y la permanencia en estas Unidades son voluntarios y está sujeto al cumplimiento de las condiciones de un contrato terapéutico previamente establecido. Las Unidades de Madres externas dependen administrativamente del correspondiente centro de inserción social.

Por tanto, sin previa reforma legal o reglamentaria, la Administración Penitenciaria ha edificado diferentes Unidades administrativas autónomas como un espacio material de cumplimiento, orgánica y funcionalmente independiente de cualquier Centro penitenciario, denominados “Unidades externas de madres”, en las que permanecerán ingresadas internas, con independencia de su situación, penal, procesal o penitenciaria, por el mero hecho de encontrarse embarazadas o que tuvieran en su compañía hijos menores de tres años.

La posibilidad del cumplimiento de la pena privativa de libertad de las madres en compañía de sus hijos menores de tres años tiene como premisa el art. 39 CE al disponer la protección de los poderes públicos a la institución familiar —en su esfera social, jurídica y económica— y el reconocimiento de los derechos de los niños conforme a los Tratados Internacionales. Desde el año 1991 durante el Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del delincuente, en el que se declaró que el encarcelamiento de madres con niños pequeños debiera estar restringido y que se debería hacer un esfuerzo especial para evitar el uso extensivo del mismo. Por otro lado, la tercera versión de las Normas Penitenciarias europeas del año 2006 ha señalado recientemente el interés en proteger a los menores de corta edad en su regla núm. 36¹²¹².

¹²¹² Regla núm. 36: 36.1. Los niños de poca edad pueden estar en prisión con un pariente recluso únicamente si ello resulta de interés para el menor. Estos no deben ser considerados como detenidos.

Como consecuencia de esta previsión de protección de los poderes públicos a la familia, el art. 38.2 LOGP incorporó la necesidad de que la Administración Penitenciaria, diese cobertura a la protección constitucional de los hijos menores de internas que estuvieren internadas en prisión, estableciendo que los mismos pudiesen estar en compañía de sus madres e incorporando los medios materiales y personales necesarios para la protección y el desarrollo del menor.

El Reglamento Penitenciario de 1996 adopta diversas formas de cumplimiento de la pena privativa de libertad en función de sus administrados; así para las internas, atendiendo a que éstas sean madres de hijos menores de tres años, adopta la forma especial de ejecución de las Unidades de Madres (178 RP), cuya especialidad viene dada por la protección al menor en el cumplimiento de la pena privativa de libertad de la madre.

Este devenir de la institución muestra el interés de la Administración por la protección al menor y a la familia, en consonancia también con la LO 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

La Orden 164/2008, del Ministerio del Interior, de 5 de julio por la que se crean las Unidades Externas de Madres de Mallorca¹²¹³ y la Unidad de Madres de Sevilla establece que:

36.2. Cuando se autorice que un niño de poca edad permanezca en la prisión con un pariente deben tomarse medidas especiales para disponer de una guardería infantil dotada de personal cualificado donde el niño sea ubicado cuando el pariente esté realizando actividades a las cuales no tenga permitido el acceso el menor.

36.3. Una infraestructura especial debe reservarse con el fin de proteger el bienestar de los niños de poca edad.

¹²¹³ La normativa de la Unidad de Madres Externa de Palma de Mallorca aprobada en mayo del año 2012 establece que: “Con la creación de estas nuevas estructuras se pretende segregar definitivamente las Unidades de Madres de los centros penitenciarios, independizarlas de los mismos y dotarlas de completa autonomía penitenciaria para establecer un régimen de convivencia específico. Se ha diseñado cada elemento estructural, desde su vistoso aspecto exterior a la dotación de espacios educativos; desde la intimidad familiar que proporcionan los pequeños apartamentos a las

“...El ordenamiento penitenciario regula la admisión y estancia de menores de tres años con sus madres en los centros penitenciarios en que éstas se encuentren internadas. Esta convivencia, dispone nuestro ordenamiento, debe orientarse, desde la gestión de la Administración a potenciar al máximo el desarrollo de la relación materno-filial y de la formación de la personalidad de los menores dentro de la especial circunstancia determinada por el cumplimiento por la madre de la pena privativa de libertad (art. 38.2 LOGP). La finalidad primordial de estas Unidades Externas de Madres, de nueva creación, es la mejora de las condiciones de desarrollo físico, madurativo y psicológico de los hijos de mujeres sujetas a sanción penal. Se trata de obtener la máxima normalización en la vida de los menores allí ingresados”.

discretas medidas de seguridad; todo ello en orden a facilitar un desarrollo armonioso de los menores y una adecuada relación materno filial.

La finalidad primordial de estas unidades es la mejora de las condiciones de desarrollo físico, madurativo y psicológico de los hijos de mujeres sujetas a sanción penal. Se trata de obtener la máxima normalización en la vida de los menores allí ingresados. Por ello se potenciarán, de forma gradual, las salidas de las madres acompañando a sus hijos en las actividades ordinarias que sean precisas para su plena integración en la comunidad. También se facilitará la asistencia de las madres a los recursos sociales externos de inserción laboral, cursos formativos y actividades culturales....

La maternidad, en muchos casos, supone un elemento motivador del cambio, y presupone un momento adecuado para trabajar con éxito políticas de reinserción. Por este motivo, esta novedosa estructura van dirigida a atender a una población femenina capaz de permanecer en las mismas junto a sus hijos sin que este hecho suponga la creación de problemas de seguridad y, sobre todo, internas decididas a aprovechar el alto contenido educativo del programa establecido en estas Unidades...

Desde el momento del ingreso de una mujer en la Unidad le será asignada una fase, dentro de un sistema progresivo de clasificación interna. Cada fase conlleva un régimen de actividades y salidas diferentes, desde el periodo inicial o de observación más restrictivo, hacia tercera fase de plena integración sociolaboral.

La vida en la Unidad se desarrollará dentro de las características específicas de los Módulos de Respeto.

Con la creación de estas Unidades externas en las que puedan permanecer las madres con hijos no resulta novedosa, ya que desde la década de los 80, como ya hemos visto, se viene propiciando iniciativas públicas y privadas que permitan el ingreso de las madres con hijos, siempre penadas, en espacios materiales de cumplimiento de condena distintos al convencional Centro Penitenciario, aun con participación de instituciones públicas o privadas en el cumplimiento de los fines de protección del menor y de reinserción social de las madres (art. 180 RP).

La SGIIPP ha elaborado el “Manual de funcionamiento de las Unidades Externas de madres”, en el mismo se incluyen el concepto, la filosofía y las características de las mismas¹²¹⁴. El Manual de procedimiento elaborado por la SGIIPP dota de contenido estos espacios materiales de cumplimiento de condena en unidades arquitectónicamente alejadas de los Centros Penitenciarios, en el entorno de los medios urbanos, creándose una nueva forma de ejecución de condena en la que las madres con hijos menores de tres años residen en espacios distintos que los creados, *ad hoc*, en los Centros Penitenciarios y distinta también de la contemplada en las formas especiales de ejecución del Capítulo V del Título VII del Reglamento Penitenciario (art. 178 RP).

La finalidad primordial de estas unidades es la mejora de las condiciones de desarrollo físico, madurativo y psicológico de los hijos de mujeres sujetas a sanción penal. Se trata de obtener la máxima normalización en la vida de los menores allí ingresados. Por ello se potenciarán, de forma gradual, las salidas de las madres acompañando a sus hijos en las actividades ordinarias que sean precisas para su plena integración en la comunidad. También se facilitará la asistencia de las madres a los recursos sociales externos de inserción laboral, cursos formativos y actividades culturales.

Este nuevo recurso es complementario a los existentes en la actualidad, con un fuerte contenido pedagógico y un alto nivel

¹²¹⁴ “Unidades Externas de Madres”. Ministerio del Interior. Madrid. 2011.

de exigencia para las madres que ingresen en él. Por este motivo tanto el ingreso como la permanencia en ella son voluntarios y están sujetos al cumplimiento de las condiciones de un contrato terapéutico previamente establecido. La convivencia con los menores será siempre solicitada por las madres y sometida a autorización administrativa y se condiciona a la ausencia de riesgo para los menores.

Las Unidades de Madres externas están vinculadas administrativamente al Centro de Inserción Social al que se encuentran anexo. Por sus especiales características, y para dar pleno contenido a su especificidad como centro socio-educativo, dispone de un personal mínimo especializado asignado a cada Unidad y que desarrollará su actividad en exclusividad en este recinto, y que recibirá una formación particularizada.

Como bien dice **Nieto García**¹²¹⁵ es loable que la titularidad de la gestión de estas Unidades permanezca en la Administración y no se haya encomendado a empresas privadas y ello porque la gestión privada sería contraria al sistema de individualización científica, toda vez que las tareas de observación y programación de actividades treatmentales, de revisión de la evolución penitenciaria, de propuesta y resolución de grado de tratamiento o de otros elementos del itinerario de reinserción del recluso está conferida al personal penitenciario y a los órganos colegiados del Centro Penitenciario. Así mismo, la Administración Penitenciaria dispone de los medios necesarios para el cumplimiento de las internas en los diferentes grados de tratamiento para la consecución de una convivencia ordenada y pacífica que permita alcanzar el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento, a través de los diferentes tipos de regímenes penitenciarios.

Respecto al perfil de las internas de estas unidades se establece que la población penitenciaria femenina presenta, en

¹²¹⁵ NIETO GARCÍA, A. J., “Apuntes críticos sobre la política de implementación de unidades de madres externas de los establecimientos penitenciarios”, *Diario La Ley*, N° 7268, Sección Doctrina., 23 de octubre de 2009

general, un perfil de menor peligrosidad delictiva, siendo raros los casos en que los hechos delictivos cometidos por mujeres alcanzan un nivel alto de peligrosidad. Esto hace que, tanto el medio abierto como las medidas alternativas, sean instrumentos de reinserción adecuados y con garantías para la gran mayoría de las mujeres penadas. La maternidad, en muchos casos, supone un elemento motivador del cambio, y presupone un momento adecuado para trabajar con éxito políticas de reinserción. Por este motivo, esta novedosa estructura va dirigida a atender a una población femenina capaz de permanecer en las mismas junto a sus hijos sin que este hecho suponga la creación de problemas de seguridad y, sobre todo, internas decididas a aprovechar el alto contenido educativo del programa establecido en estas Unidades.

Podrán ser destinadas a una Unidad externa de madres las siguientes internas:

1. Mujeres penadas que tengan a su cargo hijos menores de 3 años, y estén clasificadas en segundo grado, preferentemente con aplicación del artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario.

2. Mujeres en situación de preventivas, que tengan a su cargo hijos menores de 3 años, en determinadas circunstancias que se valorarán individualmente, previa autorización expresa del juez que entiende de su causa.

3. Mujeres penadas que tengan a su cargo hijos menores de 3 años y estén clasificadas en alguna de las modalidades del tercer grado recogidas en los arts. 82.1, 83 y 100.2 del Reglamento Penitenciario.

4. Mujeres en las que concurran las circunstancias anteriores que estén esperando un hijo a partir del sexto mes de embarazo.

5. Excepcionalmente, se permitirá la permanencia con sus madres hasta los 6 años de edad de los niños y niñas que, una vez cumplidos los 3 años de edad, se estime que su permanencia en la misma es mejor alternativa para su desarrollo que la separación de la madre. Aquellas mujeres destinadas en la

Unidad con algún hijo menor de tres años, podrá solicitar el ingreso de algún otro hijo que no supere los 6 años, en condiciones similares a las mencionadas¹²¹⁶. Esta valoración la realizará el Equipo de tratamiento, auxiliado por los Servicios Sociales Comunitarios¹²¹⁷.

Por otro lado, no podrán destinarse, en principio, a las Unidades externas de madres a las internas en las que concurra alguna de las características siguientes:

1. Internas preventivas.
2. Internas penadas condenadas por delitos de extrema gravedad.

¹²¹⁶ La hipotética posibilidad de que los hijos mayores de tres años, pero menores de seis, puedan permanecer en la Unidad de madres externa cuenta con el beneplácito del Ministerio Fiscal en antecedentes autorizados por la Sección de Menores de la Fiscalía, en particular en la Comunidad Autónoma de Valencia, que en escrito de 28 de julio de 1999 giró resolución a consulta planteada por el CIS Torre Espioca de Valencia señalando (*sic*): «... Esta Fiscalía, en función a los principios internacionales que otorgan prioridad a la protección de la familia y, por consiguiente, a la no separación de madres e hijos (véase arts. 16.3 Declaración Universal de Derechos del Hombre, art. 23.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 8.1 Convenio Europeo para la protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, apartados 8.11, 8.15, 8.13, 8.17 de la Carta Europea de los Derechos del Niño, Resolución del Parlamento Europeo de 26 de mayo de 1989, arts. 8 y 9 Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño), así como a la consideración de la Unidades Dependientes, reguladas en los arts. 165 a 167 del Reglamento Penitenciario, como "instalaciones residenciales situadas fuera de los recintos penitenciarios...", estima que no rige la prohibición establecida en el art. 38.2 de la LOGP para la estancia de menores de más de tres años con sus madres reclusas, pudiendo tener éstas, en consecuencia, a sus hijos mayores de tres años cuando las internas se encuentren clasificadas en tercer grado y destinadas a Unidades de Madres dependientes».

¹²¹⁷ En la previsible reforma de la LOGP se establece que, en tanto en la Unidades Dependientes como en las Unidades de Madres Externas, se podría permitir la permanencia de menores hasta 6 años en atención a la adecuada integración de los menores en las condiciones de vida normalizada. En tanto se sustancian estas modificaciones cada caso particular deberá ser comunicado al Fiscalía Territorial de Menores para su autorización.

3. Internas en periodos iniciales de cumplimiento de una condena de alta cuantía; que hayan realizado intentos de evasión; sean multirreincidentes con escalada delictiva o tengan alguna característica similar a juicio del Centro Directivo.

Según Nieto García¹²¹⁸, respecto a las madres penadas se introducen conceptos jurídicos indeterminados tales como: delitos de extrema gravedad, periodos iniciales de cumplimiento de una condena de alta cuantía, que hayan realizado intentos de evasión, que sean multirreincidentes con escalada delictiva o tengan alguna característica similar a juicio del Centro Directivo. Resulta novedoso y, en todo caso, *contra legem*, la previsión de que determinados perfiles estrictamente penales o penitenciarios, extraños a los riesgos que para el menor pudiera comportar el destino de las internas, previa autorización del Centro Directivo —órgano administrativo que se mantiene al margen de la autorización para permanecer en compañía de su madre los menores de tres años— puedan ser excluyentes del ingreso en estas dependencias.

El Centro Directivo únicamente autoriza el cumplimiento de internas, madres con hijos, en tercer grado en Unidades Dependientes, a propuesta de la Junta de Tratamiento, como forma especial de ejecución recogida en el artículo 180 del Reglamento Penitenciario. Esta redacción legal dista mucho de las previsiones de la Unidad externa de madres que establece que no sean destinadas a la misma, internas en períodos iniciales de cumplimiento de una condena de alta cuantía; que hayan realizado intentos de evasión; sean multirreincidentes con escalada delictiva o tengan alguna característica similar a juicio del Centro Directivo.

El acceso definitivo de la interna a la Unidad de Madres conlleva el conocimiento y la aceptación previa por parte de la interesada de los siguientes compromisos:

— Adquisición de hábitos laborales y seguimiento de un itinerario de inserción laboral o formativa.

¹²¹⁸ NIETO GARCÍA, A. J., “Apuntes...”, *op. cit.*, 23 de Octubre de 2009

— Participación voluntaria y activa en los programas terapéuticos propuestos.

— Mantenimiento de un estilo de vida saludable y una conducta acorde con las normas de convivencia vigentes en la Unidad (exenta de sanciones).

— Participación en un Programa Libre de Drogas, en caso de que la solicitante sea o haya sido consumidora de drogas, con la aceptación de cuantos controles analíticos aleatorios se establezcan

Como critica **Nieto García**¹²¹⁹ conviene precisar respecto del perfil de usuarios de dichas Unidades, que la Administración apuesta por madres con hijos menores a su cargo y en ningún caso por padres —mujeres, pero no varones—. La literalidad de la normativa vigente atribuye únicamente la posibilidad de cumplir los menores en compañía de sus madres a los menores de tres años, habiendo acaecido respecto de los usuarios una modificación de la edad máxima de permanencia de los menores en compañía de sus madres, pero no respecto a la indiferencia de género del progenitor que cumple condena, salvo en los supuestos de cumplimiento en unidades familiares en compañía de ambos progenitores que recoge el denominado departamento mixto o unidad familiar como forma especial de ejecución (art. 168 RP).

A la vista de factores como el aperturismo de la Administración Penitenciaria en la retención y custodia de internos y en el cumplimiento de condena en unidades externas a los Establecimientos Penitenciarios; como la puesta en práctica por las vías de hecho de situaciones más allá de las previsiones normativas penitenciarias en aras de la protección del menor y, por último, como la filosofía que la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la efectiva igualdad de hombres y mujeres, atribuye a los poderes públicos respecto a situaciones de desigualdad sexista, resulta poco coherente no haber instado la modificación de la Ley Orgánica General Penitenciaria y su

¹²¹⁹ NIETO GARCÍA, A. J., “Apuntes...”, *op. cit.*, 23 de Octubre de 2009

Reglamento de desarrollo para que los varones, progenitores de sus hijos menores de tres años pudieran residir en estos espacios de cumplimiento en igualdad de condiciones que las mujeres, máxime cuando el máximo interés tutelado es la protección y desarrollo del menor —no teniendo por qué verse afectado en función de que el progenitor sea varón o mujer y el derecho a estar en su compañía en igualdad de condiciones—. La doctrina¹²²⁰, a luz de las normas penitenciarias europeas, se decanta en alabar el contenido de la regla 36.1 de permitir la estancia del menor con un pariente recluso si resulta de interés para el menor.

Así mismo, como dice **Nieto García**¹²²¹, resulta sorprendente que el Manual determine como “excepcional” el destino de internas en tercer grado de tratamiento. A este respecto choca frontalmente con la previsión reglamentaria del art. 180 RP que establece que el Centro Directivo podrá autorizar, a propuesta de la Junta de Tratamiento, que las internas clasificadas en tercer grado de tratamiento con hijos menores sean destinadas a Unidades Dependientes, donde estos podrán integrarse plenamente en el ámbito laboral y escolar.

Si dejásemos subordinado el principio inspirador de las Unidades de Madres de protección a la familia, y, en particular del menor, a la finalidad resocializadora de la interna-madre, la realidad podría conducirnos a situaciones paradójicas contrarias a la normativa penitenciaria y que generarían desigualdad frente al resto de internos puesto que si el menor abandonase la dependencia, bien por decisión de la autoridad competente, bien por haber cumplido tres años de edad, la interna-madre se vería en la obligación de continuar cumpliendo condena en un Establecimiento Penitenciario lo que supondría una ruptura de las actividades de reinserción y una regresión situacional en su evolución penitenciaria. Ello conduce, de nuevo, a observar

¹²²⁰ MAPELLI CAFFARENA, B., “Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Marzo 2006, consultada 23/4/2011

¹²²¹ NIETO GARCÍA, A. J., “Apuntes...”, *op. cit.*, 23 de Octubre de 2009

cómo los fines de la Unidad externa de Madres y de la ejecución de la pena privativa de libertad son diferentes, aun participando aquéllas del fin reeducador y reinsertador: En ningún caso la ejecución de la pena privativa de libertad puede limitar los derechos del menor a estar en compañía de su madre —de no ser contrario a los intereses del mismo—. Pero, en ningún caso tampoco, la finalidad reeducadora y reinsertadora de la ejecución de la pena privativa de libertad puede verse mediatizada por la presencia de un menor en compañía de la madre, de modo que los beneficios penitenciarios, recompensas, programas de intervención o grados de tratamiento de la interna madre lo sean, exclusivamente, por su evolución penitenciaria y no por la presencia del menor en su compañía.

Por último, y en este caso con buen criterio, se establecen los compromisos que las internas destinatarias debieran tener en función de las carencias y necesidades detectadas, así como la necesidad de constatar datos objetivos de capacidad para llevar una convivencia ordenada. De todas formas, en este punto, resulta digno de crítica el que, únicamente, puedan ser usuarias internas que acepten el tratamiento penitenciario, máxime cuando pueden, hipotéticamente, ser destinadas internas en situación de prisión provisional que aun a pesar de haberse confeccionado el modelo individualizado de intervención al que novedosamente se refiere el Reglamento Penitenciario, en su art. 20.1, pueden rechazar en virtud del principio de presunción de inocencia cualquier medida de intervención sobre su persona. A este respecto de la voluntariedad del tratamiento baste recordar la misma premisa respecto de los penados que apunta la doctrina¹²²² al considerar el tratamiento como una ayuda, basada en la Ciencia, voluntariamente aceptada por el interno, para que, en el futuro pueda elegir o conducirse con mayor libertad; o sea, para que pueda superar una serie de condicionamientos individuales o sociales, de cierta entidad, que hayan podido provocar o facilitar su delincuencia.

¹²²² ALARCÓN BRAVO, J. “El tratamiento penitenciario” en *Estudios Penales* II “La reforma penitenciaria”, Santiago de Compostela. 1978, pág. 21

Desde el punto de vista de la seguridad, resulta acorde con los postulados mantenidos por la Administración establecer el destino de internas-madres con hijos menores con una relajación de los elementos de seguridad en la retención y custodia de internas. Pero como bien dice **Nieto García**¹²²³ no obstante, no se comprende esta relajación desde un punto de vista procesal, penal y penitenciario —al incurrir en idéntico tratamiento de seguridad para diferentes situaciones— y ello porque van a poder ser destinadas tanto internas preventivas como penadas, en segundo o tercer grado de tratamiento en el cumplimiento de condena. Tampoco se establece la correspondiente adecuación de las normas de seguridad de los Establecimientos del Capítulo VIII del Título II del Reglamento Penitenciario a esta nueva dependencia.

Estamos de acuerdo, como dice **Nieto García**¹²²⁴, en que resulta especialmente elogiable el interés de la Administración Penitenciaria en este punto de desvincular al menor de las dependencias penitenciarias. Pero no cabe duda, que la mejor labor que la Administración puede hacer para con los menores es intentar que éstos, en iguales o mejores condiciones que con su madre en prisión, puedan vivir con otros familiares y haciendo uso de los recursos comunitarios como cualquier menor, sin que la circunstancia de que la madre se encuentre ingresada en prisión condicione su proceso evolutivo y su proceso educativo.

Respecto del régimen de comunicaciones, visitas y relaciones del menor con su entorno no existe ningún tipo de objeción, es de destacar el interés de la Administración de lograr la plena integración del menor en sus recursos familiares y sociales de referencia que no interfieran el proceso evolutivo y educativo de los menores, procurando equiparar al máximo la vida del menor en compañía de su madre interna al de resto de menores.

¹²²³ NIETO GARCÍA, A. J., “Apuntes...”, *op. cit.* 23 de Octubre de 2009

¹²²⁴ NIETO GARCÍA, A. J., “Apuntes...”, *op. cit.* 23 de Octubre de 2009

Comenta el Manual que la organización de la vida de la Unidad supone esfuerzo organizativo para adaptar todos los horarios a las necesidades e intereses de los menores residentes y sus constantes entradas y salidas y poderlos compaginar con las pautas formativas de las madres. La Unidad deberá estar conectada a los siguientes servicios necesarios para las madres: centro de atención a drogodependientes, centro de salud, centros educativos (institutos o academias) y centros cívicos municipales.

En estas unidades se deben llevar a cabo acciones responden a un doble objetivo. Por un lado ayudar a las mujeres a superar aquellos déficits formativos y culturales y personales que de alguna manera puedan haber incidido en su actividad delictiva, a la vez que preparar su salida futura ante un mercado laboral competitivo. En este apartado las mujeres deben disponer de clases regladas desde alfabetización hasta niveles medios de graduado escolar y universitario. Si lo precisaran, habrán de contar con la posibilidad de integrarse en actividades terapéuticas de atención a drogodependientes, apoyo a víctimas de violencia de género, habilidades sociales, técnicas de búsqueda de empleo, etc.

Complementariamente deben acceder a cursos formativos en actividades de mayor demanda para su futura inserción laboral. Se pretende mejorar su aptitud y capacidad como madres responsables con una formación integral compuesta por cursos, talleres y conferencias de educación sexual, sanitaria, atención y cuidados del bebé, psicomotricidad, estimulación precoz, etc.

Las condiciones y el perfil de las mujeres destinadas en la Unidad posibilita que en gran medida esta formación se programe contando con los recursos formativos de la Comunidad, participando como ciudadanas de pleno derecho en las actividades que proporcionan los Ayuntamientos, Diputaciones, Comunidades Autónomas, u otros organismos públicos o privados. Los responsables de la Unidad celebrarán los acuerdos y convenios precisos para inscribir a las mujeres en estas actividades, efectuando un riguroso control con los

responsables pertinentes de la presencia y rendimiento de cada una de ellas y gestionando las ayudas y becas económicas a las que puedan hacerse acreedoras.

Desde el momento del ingreso de una mujer en la Unidad le será asignada una fase, dentro de un sistema progresivo de clasificación interna¹²²⁵. Cada fase conlleva un régimen de actividades y salidas diferentes¹²²⁶, desde el periodo inicial o de

¹²²⁵ La normativa de la Unidad de Madres Externa de Palma de Mallorca de mayo de 2012 establece las siguientes modalidades y fases: “Tal y como viene recogido en el Reglamento Penitenciario, a toda madre clasificada en Tercer Grado de tratamiento se le asignará una modalidad de vida acordada en Junta de Tratamiento para dar respuesta a sus necesidades y las del menor, y en función del buen uso que puedan hacer de ellas.

De este modo, se establece las siguientes fases de salidas al exterior:

Fase 0: de lunes a viernes de 14:45 a 17:00 y domingo de 10:00 a 12:00 horas

Fase 1: de lunes a viernes de 14:45 a 17:30 y sábado y domingo de 10:00 a 13:00 horas

Fase 2: de lunes a viernes de 14:45 a 18:00 horas y sábado y domingo de 10:00 a 13:00 horas y de 16:00 a 19:00 horas

Fase 3: de lunes a viernes de 14:45 a 19:00 horas y sábado y domingo de 10:00 a 19:00 horas

¹²²⁶ Como viene recogido en el documento “Unidad Externa de Madres de Palma de Mallorca”, podrán estar destinadas en ella, internas, preventivas, sin clasificar, clasificadas en 2º 100.2 y Tercer Grado de tratamiento, teniendo, por tanto, un tratamiento distinto sus salidas al exterior. Así:

- Internas preventivas y/o penadas sin clasificar:

No podrán salir de la Unidad salvo salidas autorizadas por el centro Directivo y/o autoridad judicial competente. En caso de salida de carácter urgente y/o extraordinario lo harán con acompañamiento policial y siempre según lo recogido en la normativa correspondiente.

- Internas clasificadas en art. 100.2:

Se establece por regla general, un periodo de observación de dos meses previo a la autorización de salidas al exterior en todos aquellos casos de nuevo ingreso en la unidad y que no vengan con el plan 100.2 elaborado. Sólo se autorizarán aquellas de carácter urgente y extraordinario, y con las medidas y controles a observar establecidos por la Dirección, Mando de incidencias o Centro Directivo, según quién proceda.

observación más restrictivo, hacia tercera fase de plena integración sociolaboral.

Según el Manual la vida en la Unidad se desarrollará dentro de las características específicas de los Módulos de Respeto.

Estas Unidades disponen de unos pequeños apartamentos donde se desarrollará la vida cotidiana propiciando una mayor intimidad de las madres y los menores. Con este modelo se potencia el sentido de responsabilidad de la madre y aumenta su autonomía en la alimentación, el aseo y el cuidado de su/sus hijos; labores que tienen una vital importancia en el establecimiento del vínculo maternal y el apego en los menores, sobre todo en los primeros meses de vida.

Según **Nieto García**¹²²⁷ resulta contrario a la normativa en vigor¹²²⁸ que el personal en ellas destinado no utilice el uniforme oficial, en particular el personal asignado a tareas de vigilancia. La exigencia de uniformidad de los empleados públicos de Instituciones Penitenciarias, por razones de identificación¹²²⁹, de seguridad y garantía en el desempeño del puesto trabajo, determina que si en estas Unidades se pretende un uso distinto de prendas de vestir se proceda a la modificación de la Instrucción de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias que regula su obligatoriedad. Estamos de acuerdo

El resto de las madres, tendrán autorizadas todas aquellas salidas que vengan recogidas en su plan 100.2, así como las autorizadas por la Dirección.

- Internas clasificadas en Tercer Grado de tratamiento:

Podrán disfrutar de todas aquellas salidas inherentes a su grado de tratamiento y a su modalidad de vida y aquellas autorizadas por la Junta de Tratamiento, Dirección y/o Mandos de incidencias.

¹²²⁷ NIETO GARCÍA, A. J., “Apuntes...”, *op. cit.*, 23 de Octubre de 2009

¹²²⁸ Orden 3069/2007 del Ministerio del Interior de 11 de octubre e Instrucción 01/2008 de la DGII, de 14 de enero

¹²²⁹ Conforme al art. 35 b) Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

en que se debería modificar esta Instrucción pero esta demostrado que la no presencia de uniformes es, a veces, terapéuticamente adecuado, por ejemplo en las prisiones danesas, entienden que la convivencia en su interior es el elemento fundamental en el desempeño de la función penitenciaria y han diseñado prisiones abiertas y semiabiertas, en muchas de las cuales los funcionarios no llevan uniforme¹²³⁰.

d) El tercer grado telemático del art. 86.4 RP

1º Introducción

La irrupción vertiginosa de los sistemas de vigilancia electrónica en el mundo es ya un hecho constatado. En el siglo XXI y con la revolución de las tecnologías que está trastocando todos los órdenes de la sociedad se está produciendo cambios muy importantes en cuanto a la ejecución de las penas privativas de libertad. La cárcel va modificando sus expectativas y fundamentos tratando de conseguir ser un verdadero instrumento paulatino que facilite la humanización y la resocialización.

La utilización de los medios telemáticos se muestra como un proceso imparable, condicionado en buena medida por las propias tasas de sobreocupación de los centros penitenciarios¹²³¹

¹²³⁰ En la normativa de la Unidad de Madres Externa de Palma de Mallorca se recoge: “*El personal de la Unidad no usará uniforme para felicitar la máxima normalización de los niños y o perjudicar su desarrollo*”.

¹²³¹ Como ejemplo que el art. 86.4 RP tenemos el Auto del JVP nº 1 de Madrid de fecha 29//04/2009 en el que ante la insuficiencia de plazas de régimen abierto (Centros de Inserción Social o Secciones Abiertas), acuerda aplicar esta modalidad de vida para que los internos no estén ingresados en módulos o departamentos de régimen ordinario, aunque sea el de ingresos. Dice este Auto: “*Según el artículo 9 de la Ley Orgánica General Penitenciaria los establecimientos penitenciarios se organizan separadamente para hombres y mujeres y son de dos tipos: de régimen ordinario y régimen abierto.*”

Por su parte el artículo 80 del Reglamento Penitenciario, enumera los distintos establecimientos penitenciarios de régimen abierto, sin que entre

y asimismo, aunque en menor extensión, por la propia bandera de la reinserción¹²³². La aplicación de medios telemáticos en nuestro país es reciente en cuanto a la ejecución de las penas privativas de libertad, pues se comenzaron a utilizar a principios del siglo XXI. Hoy en día parece difícil negar las posibilidades de utilización de la vigilancia electrónica como medio para facilitar el cumplimiento de penas privativas de libertad.

La doctrina parece consciente de que es un fenómeno imparable o como indica **González Rus**¹²³³ que “*no se puede*

ellos aparezcan los Módulos o Departamentos de ingreso. Ese mismo precepto establece que *los internos clasificados en tercer grado son los que deben ocupar los distintos Establecimientos de régimen abierto es decir a los Centros Abiertos o de Inserción Social, las Secciones Abiertas, o las Unidades Dependientes.*

No es posible por ello que internos clasificados en tercer grado se encuentren destinados fuera de los lugares que se han descrito anteriormente. Sin embargo en el Centro Penitenciario Madrid III, desde hace bastantes meses el Módulo o Departamento de Ingresos viene albergando de manera constante a internos clasificados a tercer grado. Claramente la insuficiencia de plazas en los CIS, y en las Secciones Abiertas está repercutiendo de manera negativa en las condiciones de vida de los internos clasificados en tercer grado.

Ante la situación descrita y como quiera que la propuesta que este juzgado efectuó el 27 de marzo de 2009 no ha sido puesta en práctica, procede *para garantizar los derechos del interno J.N.A., acordar que su clasificación en tercer grado, adquiera la modalidad prevista en el artículo 86-4º del Reglamento Penitenciario, de tal forma que siempre y cuando que dicho interno voluntariamente lo acepte el mismo pase inmediatamente a residir en su domicilio, donde se le instalará un dispositivo telemático de control para comprobar que pernocta en el mismo las ocho horas que exige dicho artículo.*

Caso de no ser posible por razones técnicas la colocación de tal dispositivo, la Administración Penitenciaria adoptará los controles presenciales que estime oportuno. De cualquier forma la salida del interno del Departamento de Ingresos se producirá inmediatamente.

¹²³² REVIRIEGO PICÓN, F. Y GUDÍN-RODRÍGUEZ MAGARIÑOS, F., “Las alternativas a la reclusión y la revolución telemática”, *Diario La Ley*, Nº 7250, 28/9/2009

¹²³³ GONZÁLEZ RUS, “Control electrónico y sistema penitenciario”, *VIII Jornadas penitenciarias andaluzas*, 1991), Sevilla, 1994, pág. 84.

poner puertas al campo". **Roxin**¹²³⁴ preconizó que se podía pensar en el arresto domiciliario como una nueva pena atenuada frente a la privación de libertad, cuyo control ya no será ningún problema a la vista de los modernos sistemas electrónicos de seguridad. **Nistal Burón**¹²³⁵, apunta las notables ventajas del sistema: bajo coste, evita la sobrecarga de los centros penitenciarios, que no entren en prisión individuos poco peligrosos, que el sujeto no pierda su trabajo y pueda atender las necesidades económicas de su víctima, que eluda los efectos desocializadores y que, a su vez, esté controlado por la sociedad. A los que habría que añadir que se elimina el peligro de contagio criminal y que dota a la privación de libertad de una forma sensible y perceptiblemente más humana. En el contexto actual, en los países de nuestro entorno, existe una acusada tendencia a buscar una mayor humanización en la ejecución de las penas privativas de libertad. Pero es conveniente buscar las necesarias garantías para evitar que la vigilancia electrónica se convierta en un instrumento deshumanizado de represión.

Por tanto, la cárcel electrónica no aparece como una institución producto de una generación espontánea, sino que es el final de la convergencia de dos procesos: la revolución tecnológica y las ideas que subyacen tras la "cultura del control"¹²³⁶. La vigilancia electrónica no surge de forma casual, sino que fueron los postulados filosóficos empíricos utilitaristas los que patrocinaron la vigilancia telemática. La sociedad y sus dirigentes demandaban mecanismos más rápidos, precisos y económicos siendo la vigilancia electrónica una consecuencia de ello.

¹²³⁴ ROXIN, K., "¿Tiene futuro el Derecho penal?", *Revista del Poder Judicial*, Núm. 49, Madrid, 1998, pág. 386.

¹²³⁵ NISTAL BURÓN, J., "La prisión del siglo XXI", *I Congreso Europeo de Derecho penitenciario, X Jornadas penitenciarias de Andalucía*, Jaén, 2002, pág. 44.

¹²³⁶ GARLAND, DAVID, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*,. (Trad. Sozzo, Máximo), Barcelona, 2005, págs. 275-312.

Los dispositivos telemáticos están ideados como un factor que coadyuve a la libertad responsable del individuo buscando que la persona se conduzca adecuadamente, pero no moldeando su subjetividad, sino invitándole a administrar su libertad. Del mismo modo que el sistema asume un riesgo al dejarla fuera de la prisión, la persona debe ser responsable, asumir su condición para beneficiarse de la medida. No se busca crear la conciencia por parte del penado vigilado, sino reforzar su sensación física de libertad y potenciar así su responsabilidad. En definitiva se trata de crear sujetos libres que sepan como gestionar esa libertad.

Siempre ha sido muy cuestionado conseguir la resocialización dentro de la cárcel pues se ha generado un ambiente negativo que inclina al interno más a la marginación y al resentimiento¹²³⁷. Dentro de esta nueva revolución, la tecnología ha proporcionado al ser humano un instrumento adecuado para erradicar los muros de las prisiones. Por otro lado, otra variable a tener en cuenta a la hora de ponderar el futuro de la vigilancia telemática, es que se trata de un sistema infinitamente más económico.

Contrariamente a lo que se piensa, la cárcel electrónica no es de por sí más humana y benigna que la física. La precisión y el detalle del ordenador pueden traducirse en un agobiante, implacable e inhumano rigor. Pero no es menos cierto, que sí puede llegar a ser una medida más humana si se adoptan las debidas cautelas y garantías¹²³⁸.

Como dice **Nistal Burón**¹²³⁹ es posible que el presente siglo sea el momento en que estas técnicas posean un mayor auge, en consonancia con la que ya está ocurriendo en todos los sectores de la sociedad. La consecuencia que este autor deriva

¹²³⁷ GUDÍN-RODRÍGUEZ MAGARIÑOS, F., *Cárcel electrónica y sistema penitenciario del siglo XXI*, Pág. 5

¹²³⁸ GUDÍN-RODRÍGUEZ MAGARIÑOS, F., *Cárcel electrónica...*, *op. cit.*, pág. 10

¹²³⁹ NISTAL BURÓN, J., "La prisión...", *op. cit.*, pág. 45

de la implantación de estas técnicas es la posibilidad de sustituir un sistema de penas fuertes y vigilancia débil por uno de penas débiles y vigilancia fuerte.

El fundamento teórico fundamental que justifica la reclusión de un sujeto es la prevención especial, es decir, tener controlado a un sujeto para evitar que cometa nuevos delitos. Así lo entendió Beccaria¹²⁴⁰ para quien el fundamento principal de la pena es lograr que el individuo que cometió un delito, no vuelva a cometerlo, y tratar que los ciudadanos no perpetraran nuevas infracciones. Pues bien, la cárcel electrónica comparte este mismo postulado y fundamento que la prisión tradicional. Es más, las posibilidades tecnológicas hacen que el control tienda a ser más efectivo y de más calidad que el de los muros prisionales. Se puede conocer de un modo más concreto, rápido y perfecto al vigilado, no sólo dónde está y lo que está haciendo, sino incluso también, si se quiere, lo que está sintiendo puesto que, entre otras cosas, se puede comprobar el consumo de alcohol o cualquier otra droga.

2º Las ventajas de los sistemas telemáticos

El fundamento teórico principal que justifica la reclusión de un sujeto es la prevención especial, es decir, tenerle controlado para evitar que cometa nuevos delitos. Los medios telemáticos de vigilancia tienen esta misma finalidad, pero este tipo de cumplimiento de pena, además de controlar, facilita educar, corregir y conducir al autoexamen permanente. Se gestiona la actividad del penado a través del examen, imponiendo un perfeccionamiento constante. Por ello como dice Gudín-Rodríguez¹²⁴¹ no es tanto una alternativa a la prisión, como una prisión alternativa. Una prisión alternativa que no queda delimitada a un espacio, sino que abarca el territorio que

¹²⁴⁰ BONESANA, CESSARE (Marqués de Beccaria), *De los delitos y de las penas* (Trattato dei delitti e delle pene), Madrid, 1982, págs. 95 y ss.

¹²⁴¹ GUDÍN-RODRÍGUEZ MAGARIÑOS, F., *Cárcel electrónica...*, *op. cit.*, pág. 93

el portador del dispositivo va concretando en su quehacer cotidiano.

Por tanto el encierro “inútil” en una prisión cerrada que lejos de humanizar avoca al desarraigo y al contagio criminógeno se puede convertir en un tiempo “útil” en el exterior que puede facilitar su reinserción social y su rehabilitación.

El régimen de la cárcel electrónica se basa en dos factores: la confianza que instituciones penitenciarias da a un individuo después del primer momento de reclusión y la certeza en la mente del vigilado de que cualquier comportamiento fuera de la norma no pasará desapercibido¹²⁴².

La cárcel electrónica es un fenómeno mental más que físico, su fundamento principal se halla en la certeza de que es observado y controlado. Esta certeza deriva de la precisión de los sistemas de control. Si la cárcel tradicional puede ser contemplada como un medio coactivo físico que el Estado impone a un sentenciado, la nueva cárcel electrónica será un medio paralelo de coacción más mental que física. Paralelamente los excesos penitenciarios en la cárcel (cadena perpetua, sometimiento intemporal a celda cerrada) derivaron a una tortura física, los excesos de la cárcel electrónica comportaran una tortura mental¹²⁴³.

Bentham¹²⁴⁴ busca el sistema más efectivo, y constata que invadiendo la intimidad del individuo, éste queda anulado y ya no puede elegir. Así los hombres, privados de su libertad, dejan de ser sujetos y pasan a ser objetos del control. Al no haber reacción por parte del sujeto, éste queda inerte y alienado. El ser humano permanece expuesto al constante control del Estado. Esta situación puede desembocar, -al no

¹²⁴² GUDÍN-RODRÍGUEZ MAGARIÑOS, F., *Cárcel electrónica...*, op. cit., pág. 17

¹²⁴³ GUDÍN-RODRÍGUEZ MAGARIÑOS, F., *Cárcel electrónica...*, op. cit., pág. 12

¹²⁴⁴ BENTHAM, JEREMY, *El Panóptico*, Madrid, 1979, págs. 35-37

existir una alternativa posible- en que el hombre decaiga en el puro sometimiento, la alienación o la paranoia. Los excesos de la cárcel tradicional mediante largas condenas de duración que comportan situaciones de alienación, arrancándole de su entorno, estamos imponiéndole una serie de consecuencias psicológicas accesorias no previstas como es frenar su desarrollo psíquico-intelectual.

Realmente, la cárcel electrónica se basa en una ilusión. El vigilado en una primera fase, comprueba que aparentemente se halla libre, que puede desplazarse, disfrutar de su hogar y su entorno, estar con sus amigos y familiares. Más posteriormente cuando advierte la intensidad del control al que se halla sometido, tras la euforia sobreviene una fase de decaimiento, es entonces cuando comprueba la dureza de las medidas y constata que su libertad en cierta medida es sólo un espejismo y que su comportamiento está condicionado.

Es muy importante tener presente que la cárcel electrónica al igual que la física debe de estar sujeta al principio de proporcionalidad y que admite modulaciones derivadas del tiempo del control y de la intensidad del peligro que revela la gravedad del hecho criminal cometido. Así es necesario levantar el control durante determinados periodos temporales pues caso contrario la sensación de agobio y alienamiento hace que la vigilancia devenga en inhumana.¹²⁴⁵

Tradicionalmente se dice que mientras la cárcel física ataca el derecho a la libertad la cárcel electrónica cercena el derecho a la intimidad. Sin embargo, en el fondo este tipo de afirmaciones no son más que una simplificación superficial de la realidad. La verdad es que ambas instituciones vienen dirigidas a limitar el derecho a la libertad mediante el control. Pero es necesario tener en cuenta que bajo la acepción de vigilancia electrónica se cobijan un heterogéneo grupo de técnicas y mecanismos tecnológicos que aisladamente considerados parecen no tener nada en común; es la falta de libertad lo que los

¹²⁴⁵ GUDÍN-RODRÍGUEZ MAGARIÑOS, F., *Cárcel electrónica...*, *op. cit.*, pág. 101

amalgama. En este sentido, **Duque Villanueva**¹²⁴⁶ opina que libertad e intimidad son derechos fundamentales que se encuentran en estrecha conexión. El autor explica que no se puede hablar de un contenido uniforme del derecho a la intimidad personal y familiar en el ámbito penitenciario. Su alcance y restricciones dependen de factores diversos, tales como el tipo o régimen del establecimiento penitenciario o de las modificaciones que a lo largo de su duración pueda experimentar la relación penitenciaria, en cuanto implican una incidencia directa sobre la libertad ambulatoria del individuo y, por lo tanto, sobre el poder de disposición de su persona.

La jurisprudencia constitucional configura el derecho a la intimidad personal¹²⁴⁷ como un espacio vital donde el individuo desarrolla su libertad personal reservado frente al conocimiento de los demás. Igualmente para **Bajo Fernández** el derecho a la intimidad es un ámbito personal “*donde cada uno, preservado del mundo exterior, encuentra las posibilidades de desarrollo y fomento de su personalidad*”. La interconexión entre el art. 10.1 (derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad de la persona), art. 17.1 (derecho a la libertad) e intimidad art.18, 1 CE aparece como palmaria. Dicho de otra forma, se ataca el derecho a la intimidad para que el hombre no pueda elegir, abortando su posibilidad de ser libre.

Estamos totalmente de acuerdo con Gil Hernández¹²⁴⁸ cuando sostiene sin ambages que su admisión constitucional queda fuera de toda duda en cuanto a que, si bien es cierto que dicho aparato afecta al derecho a la intimidad del sometido, no

¹²⁴⁶ DUQUE VILLANUEVA, “El Derecho a la intimidad personal y familiar en el ámbito penitenciario”, en *Cuadernos de Derecho judicial* Núm. 22, Madrid, 1996, pp. 99 y ss.

¹²⁴⁷ BAJO FERNÁNDEZ, *La justicia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Volumen II”. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1987, pág. 617.

¹²⁴⁸ GIL HERNÁNDEZ, Á., “Protección de la intimidad corporal aspectos penales y procesales”, *Delitos contra la libertad y la seguridad*, *Cuadernos de derecho judicia*, N° 3, Madrid, 1996, págs. 96 y ss.

lo es menos que habrá de ser preferido a otras alternativas más gravosas. El autor entiende que al ser el brazalete electrónico un instrumento particularmente útil en aquellas situaciones límite en las cuales la cárcel parece excesiva y la libertad con control no electrónico resulta ineficaz o demasiado costosa. Por ello, no plantea ningún problema su genérica admisión llevada a cabo en el nuevo Reglamento Penitenciario de 1996, donde se contempla su posible utilización, con carácter general, en el art. 86.4, especificándolo, más adelante, con respecto al régimen abierto.

La cárcel electrónica puede ser un instrumento inteligente muy útil para reducir el mundo de las prisiones cerradas siempre que se utilice con inteligencia y aportando las debidas garantías. Pero, no se puede olvidar, que también pueden ser un instrumento idóneo para convertir al un ser humano en un objeto. Una vez más, lo trascendental es el modo en que se apliquen.

En la cárcel electrónica el control y la supervisión no son ni mucho menos más flexibles que en un centro penitenciario. Realmente es una manifestación más de lo que **Rivera Beiras**¹²⁴⁹ denomina: “opción custodial” o más acertadamente **Garland**¹²⁵⁰ lo conceptúa como “cultura del control”.

El tratamiento penitenciario es una institución profundamente esquizofrénica. Esta afirmación no es original, **Ferrajoli**¹²⁵¹ también la mantiene. De aspectos esquizofrénicos

¹²⁴⁹ RIVERA BEIRAS, I., *Recorridos y posibles formas de penalidad*, 1ª Ed., Barcelona, 2005. El autor refiere que la cárcel surge cuando la sociedad se concienza de que hay segregar del grupo y tener controladas a todas aquellas personas que originan problemas: enfermos contagiosos, criminales, prostitutas y mendigos, idea que el denomina gráficamente como “el gran encierro”.

¹²⁵⁰ GARLAND, DAVID, *op. cit.*, págs. 275-312.

¹²⁵¹ FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*, Madrid, 1995, pág. 410. El autor sostiene: pena mantenga una finalidad pedagógica junto a la retributiva, la jurisdicción penal, en su conjunto, y la jurisdicción de vigilancia en particular, vienen abocadas a cumplir asimismo una “función reeducativa o pedagógica”, pues tan reeducativo, legalmente hablando, es el hecho de su imposición (o la aplicación de otras penas

hay muestras en nuestro Ordenamiento penitenciario pues resulta paradójico compatibilizar la idea de castigo con la colaboración voluntaria del interno en el tratamiento. Apartamos a un interno de la sociedad para mejorarlo, pero al someterle a una institución cerrada y cargada de resentimiento y sensaciones negativas, rara vez se podrá conseguir del tratamiento efectos positivos. Y es que paradójicamente, la mejor medicina para el interno es la propia sociedad¹²⁵². Por ello todas las modernas técnicas penitenciarias (permisos de salida, libertad vigilada, libertad condicional y pulseras de control) están orientadas a la excarcelación.

Por tanto, la resocialización siempre es posible, lo que no parece posible es resocializar a alguien que esté toda su condena entre rejas. Es necesario romper la ecuación internamiento igual a tratamiento. Detrás de todo delito quizá deba haber un periodo más o menos largo de apartamiento social (lo cual ineludiblemente reporta una idea de castigo). Pero luego, toda la acción penitenciaria debe estar presidida a reintegrar al individuo en la comunidad (lo cual conlleva una idea de reinserción). No en vano la pena en su desarrollo no debe ser un escarmiento, sino un proceso dirigido a conseguir la inoculación del individuo como peligro para la sociedad. Profundizando más la pena es un programa de rehabilitación para una persona que desea reencauzar su vida aceptando una propuesta que le hace la sociedad para salir de su situación. Sin embargo, si el individuo rechaza voluntariamente esta propuesta el Estado debe respetar esta opción con lo cual este programa común se desvanece y la pena vuelve a adquirir una dimensión puramente retributiva o de castigo.

alternativas o de medidas alternativas), como el de control de su cumplimiento. Se tenga o no clara conciencia de ello, todos los integrantes de la jurisdicción penal están atrapados por esta esquizofrenia". En el mismo sentido DOÑATE MARTÍN, A., "Jurisdicción de Vigilancia penitenciaria: Naturaleza, órganos y competencia", *Cuadernos de Derecho Judicial*, Nº 33, págs. 11 y ss.

¹²⁵² GUDÍN-RODRÍGUEZ MAGARIÑOS, F., *Cárcel electrónica...*, *op. cit.*, pág. 29

Reinsertar fuera de la sociedad es un sin sentido; el ambiente negativo que se respira tras los muros carcelarios en nada favorece a ninguna acción positiva, y por muy atractivas que parezcan a algunos las ideas de compatibilizar el castigo con la educación (“la letra con sangre entra”), esto no es más que una vana ilusión. No obstante, soltar a delincuente sin ningún género de garantías es un acto de irresponsabilidad. La vigilancia electrónica se convierte en un *tertius genus* que sirve para compatibilizar ambos extremos, para romper el nudo gordiano de los dos extremos que se repelen. Sin embargo la vigilancia no es el fin, el fin es recuperar la confianza en el interno. Que con la reiteración de conductas positivas éste demuestre a la sociedad que es un ciudadano más, sobre el que no son precisas cautelas adicionales¹²⁵³.

La cárcel electrónica puede ser más humana, en cuanto posibilita el contacto del interno con el exterior, disminuye la marginación y el alienamiento de la cárcel tradicional. Pero este tipo de cárcel electrónica supone un avance para la humanidad puesto que un recluso puede recobrar la libertad de deambulación, sin que con ello exista el riesgo de menoscabar la seguridad ciudadana. El avance es aún mayor si además podemos supervisar que el penado está trabajando, manteniendo a su familia e incluso colaborando al pago de las indemnizaciones a su víctima; ello nos permite concienciarnos de que su resocialización sea más efectiva y podemos supervisar que está desarrollando una nueva vida alejada del delito. Pero el penado debe ser contemplado no como un objeto de supervisión, sino como un ser humano dotado de dignidad y libertad. No es adecuado contemplar al hombre no como un objeto de un frío proceso mecánico de supervisión, sino como a un ser humano al que habría que ayudar a reencauzar su vida.

A la hora de utilizar este tipo de medidas será necesario tener en cuenta la voluntad no viciada del penado, porque es muy fácil confundir al preso con la idea de que las pulseras,

¹²⁵³ GUDÍN-RODRÍGUEZ MAGARIÑOS, F., *Cárcel electrónica...*, op. cit., pág. 30

chips y demás medios electrónicos son equivalentes a la idea de libertad. Es preciso proporcionar a los internos una información precisa y detallada, de cómo estos mecanismos van a alterar su modo de vida y la de sus familias. En la actualidad, la vigilancia electrónica tiende a ser considerada por todos los reclusos de todos los países como un “privilegio”¹²⁵⁴. Es necesario humanizar la fría aplicación de las máquinas proporcionándoles un componente humano, y para ello es conveniente tener en cuenta el importante papel que realiza el profesional que realiza la supervisión¹²⁵⁵.

Los medios electrónicos no son un fin en sí mismo, ni comportan necesariamente la rehabilitación del sujeto a estas técnicas. Son un medio más para conseguir el fin resocializador pero el Derecho penitenciario no puede dejar de lado otras técnicas también útiles (programas formativos, desintoxicadores, laborales, etc.) que inciden en reducir los porcentajes de reincidencia¹²⁵⁶. Pero un dato muy significativo de estos estudios es que la vigilancia electrónica se hace más efectiva si viene acompañada de un adecuado soporte humano. En efecto, cuando la vigilancia viene acompañada de la labor asistencial del adecuado profesional penitenciario la reacción por parte del vigilado es más positiva¹²⁵⁷. Esta humanización en el modo de gestionar la vigilancia electrónica permitiendo un mayor contacto entre vigilante y vigilado parece producir un efecto tranquilizador en el sometido a estas técnicas. Si no existe un nivel de confianza básico entre el interno y la Administración penitenciaria, no parece adecuada la utilización de estos

¹²⁵⁴ GUDÍN-RODRÍGUEZ MAGARIÑOS, F., *Cárcel electrónica...*, *op. cit.*, pág. 31

¹²⁵⁵ OTERO GONZÁLEZ, P., *Control telemático y penados*” (*Análisis jurídico, económico y social*)”, Valencia, 2008, pág. 109

¹²⁵⁶ GUDÍN-RODRÍGUEZ MAGARIÑOS, F., *Cárcel electrónica...*, *op. cit.*, pág. 32

¹²⁵⁷ BONTA, JAMES; WALALACE-CAPRETTA, SUZANNE Y ROONEY, JENIFER, *op. cit.*, pág. 72.

dispositivos telemáticos¹²⁵⁸. Por tanto, el sistema precisa de un profesional que cumpla las funciones de velar para que se cumplan los objetivos legalmente señalados e informar periódicamente de los progresos, de las ausencias y de cuando las circunstancias determinan la revocación de la medida.

En un Estado social y democrático de Derecho la vigilancia electrónica sólo puede tener sentido si compatibilizamos estas dos máximas: certeza en el abandono del delito y mayor humanidad en la ejecución de la condena. El gran avance de los sistemas telemáticos, correctamente utilizados, permiten una mejor inserción social del penado por tanto un menor grado de desocialización.

La opción que nos brinda la cárcel electrónica, como alternativa a la cárcel tradicional, es que nos permite salir del círculo vicioso que supone recluir, castigar y marginalizar y esperar que acaezca algo positivo. La cárcel electrónica no implica liberar totalmente al individuo de la sombra del Estado, éste sigue ahí y por tanto la libertad igualmente se ha perdido, decir lo contrario sería falsear los hechos. Pero sí nos permite dar una utilidad a la cárcel electrónica, a la vez que podemos observar si posteriormente el individuo puede o no reencauzar su vida, nos permite ser más humanos pues está con los suyos, puede estudiar, trabajar y tener la ilusión de que algún día demostrando que no es lo que fue, que puede vivir plenamente en sociedad¹²⁵⁹.

Nos encontramos, sin duda, ante una sanción más benigna y eficaz (a efectos preventivos) que los efectos resocializadores que se pueden ofrecer desde el ambiente coartado carcelario, plagado de resentimientos y de sensaciones negativas hacia la sociedad. De cualquier forma hay que estar atento a una utilización correcta de estos instrumentos en orden a contribuir a

¹²⁵⁸ GUDÍN-RODRÍGUEZ MAGARIÑOS, F., "La nueva pena de libertad vigilada bajo control de sistemas telemáticos", *Revista General de Derecho Penal* N° 11, 2009, pág. 23

¹²⁵⁹ GUDÍN-RODRÍGUEZ MAGARIÑOS, F., *Cárcel electrónica...*, *op. cit.*, pág. 35

la justicia y eficacia del sistema jurídico la salvaguardia de los derechos del penado.

Los dispositivos telemáticos están ideados como un factor que coadyuve a la libertad responsable del individuo buscando que la persona se conduzca adecuadamente, pero no moldeando su subjetividad, sino invitándole a administrar su libertad. En definitiva no se busca tanto normalizar, crear sujetos libres, como gestionar es libertad¹²⁶⁰.

El mejor argumento a favor de la vigilancia electrónica es que facilita un mayor grado de resocialización. Este tipo de vigilancia telemática permite que los penados puedan mantener su empleo, continuar en contacto con sus más allegados y no romper el contacto familiar. Este ambiente, no cabe duda, es mucho más positivo y reintegrador que el ambiente opresivo y angustioso de la prisión. Pero el problema se puede plantear cuando el penado no tiene trabajo, ninguna actividad que hacer, carece de familia y/o apoyo social, o si estos dos últimos factores son negativos (familia desestructurada, ambiente social criminógeno, etc.) que pueden influir en la reincidencia delictiva. Por tanto es adecuado que a cada penado que va tener este tipo de vigilancia se le estudie un programa de tratamiento que contenga las actividades que se ha comprometido a realizar cuando sea excarcelado.

Las investigaciones de **Jarred**¹²⁶¹ y **Gibas/King**¹²⁶² demuestran más allá de toda duda que con un adecuado programa de ayuda se mejoran sustancialmente los resultados de rehabilitación. Pero aunque este tipo de cumplimiento de pena

¹²⁶⁰ GUDÍN-RODRÍGUEZ MAGARIÑOS, F., “La nueva pena...”, *op. cit.*, pág. 24

¹²⁶¹ JARRED, WAYNE. “Electronic monitoring: corrective Services Bill 2000”, Legislation Brief 11/00. Queensland Parliamentary Library, Brisbane, 2000.

¹²⁶² GIBBS, ANITA Y KING DENSE. “The electronic ball and Chain? The operation and impact of home detention with electronic monitoring in New Zeland”, *Australian and New Zealand Journal of Criminology*, Vol. 36, N° 1, 2003.

es muy positivo y puede ayudar a la rehabilitación de muchos penados, está claro que no es la panacea para reducir el número de presos, puesto que no a todos se le puede aplicar este tipo de vigilancia, y por otro lado, difícilmente va a reducir el alto número de reincidencia que se produce actualmente, aunque sí puede contribuir a que esta reincidencia sea más tardía al estar y “sentirse” el penado controlado y “vigilado”, tal y como queda demostrado en varios estudios. Por ejemplo en Nueva Zelanda, **Gibas/King** sostienen que los niveles de cumplimiento son muy elevados y los índices de reincidencia han bajado sustancialmente. Pero estos estudios no comparan grupos homogéneos de delincuencia, puesto que a los que se les aplica vigilancia electrónica suelen ser penados primarios o con escasos antecedentes penales, condenados por delitos de menor gravedad, etc.; y todo ello hace que el pronóstico de reincidencia y el real sea menor¹²⁶³. Este sistema se está aplicando a una población preseleccionada y de bajo riesgo, lo que relativiza mucho cualquier resultado exitoso.

La cárcel es el termómetro más fiable de la humanización de la sociedad. Cuanto más considerado sea el trato hacia las personas privadas de libertad mejor será la calidad humana de esa sociedad, por ello el triunfo de la cárcel electrónica será el triunfo de un sistema penitenciario más humano, más libre y por tanto menos represivo. Los medios telemáticos permiten compatibilizar los principios que informan el sistema penal y penitenciario (humanidad, proporcionalidad de las penas y reinserción) con la eficacia de un sistema rentable desde el punto de vista de control y económico.

Resumiendo las ventajas de la prisión electrónica resultan evidentes:

- Evita el ingreso en prisión, de régimen ordinario o abierto, de infractores no peligrosos, que no hayan cometido delitos graves.

¹²⁶³ Sin embargo, en EEUU también se desaconseja su aplicación a delincuentes de poco riesgo pues el incumplimiento del programa incrementa el riesgo de ingreso en prisión.

- Facilita que se cumpla la condena en el entorno familiar y social, evitando la desestructuración familiar.

- Ayuda a combatir la sobreocupación de los centros penitenciarios¹²⁶⁴.

- Permite que el penado continúe su vida laboral, y pueda atender así a la indemnización de la víctima.

- El sometido a control no sufre los efectos desocializadores del internamiento en prisión.

- La vigilancia electrónica tiene un menor coste económico que el internamiento¹²⁶⁵.

Se puede concluir diciendo que la vigilancia electrónica puede servir para reducir el número de personas ingresadas en prisión pero lo que no puede es sustituir totalmente a la prisión puesto que siempre habrá delitos graves que no permitan la aplicación de la misma, o penados a quienes debido su personalidad y peligrosidad no se les pueda aplicar la misma por falta de autocontrol y autorresponsabilidad suficiente.

3º La regulación vigente

Si bien la vigilancia electrónica comenzó aplicándose para reforzar el arresto domiciliario, en muchos países se va imponiendo, poco a poco, como alternativa a la pena de prisión de corta duración, sin embargo, en España su incipiente uso se enmarca en el control efectivo o refuerzo de la ejecución de las tradicionales alternativas (localización permanente)¹²⁶⁶, control de cumplimiento de penas accesorias (ordenes de alejamiento)¹²⁶⁷, refuerzo de control de medidas impuestas como

¹²⁶⁴ OTERO GONZÁLEZ, P, *Control telemático...*, *op. cit.*, pág. 109

¹²⁶⁵ OTERO GONZÁLEZ, P. “Control telemático...”, *op. cit.*, pág. 109

¹²⁶⁶ Art. 37.4 CP: “Para garantizar el cumplimiento efectivo, el Juez o Tribunal podrá acordar la utilización de medios mecánicos o electrónicos que permitan la localización del reo”.

¹²⁶⁷

condición de la suspensión de la ejecución)¹²⁶⁸, o en fin como modo de control de cumplimiento del régimen de tercer grado¹²⁶⁹.

Por tanto en España, los medios telemáticos de control no surgen como solución a la masificación carcelaria. Se instauran como sistema de trabajo de penas alternativas. De hecho, como su implantación ha sido tímida y aplicada a ámbitos tan concretos, de momento, pretende descongestionar parcialmente el régimen abierto, aunque, a largo plazo esta medida, cuando se amplíe su aplicación, tenga como objetivo paliar el problema de la masificación carcelaria, si la política criminal del momento acompaña esta filosofía, pues nuestras cárceles cada año presentan una mayor saturación¹²⁷⁰.

Dentro del art. 86 RP, que regula las salidas de los establecimientos de régimen abierto, su apartado cuarto establece que para los internos clasificados en tercer grado: “En general, el tiempo mínimo de permanencia en el Centro será de ocho horas diarias, debiendo pernoctarse en el Establecimiento, salvo cuando, de modo voluntario, el interno acepte el control de su presencia fuera del Centro mediante *dispositivos telemáticos* adecuados proporcionados por la Administración Penitenciaria u otros mecanismos de control suficiente, en cuyo caso sólo tendrán que permanecer en el Establecimiento durante el tiempo fijado en su programa de tratamiento para la realización de actividades de tratamiento, entrevistas y controles presenciales.”

Art. 48.4 CP: “El juez o tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan”.

¹²⁶⁸ El art. 83.1 permite en el caso de suspensión de la pena este tipo de control, sobre todo en los delitos relacionados con la violencia de género.

¹²⁶⁹ POZA CISNEROS, M., “Las nuevas tecnologías en el ámbito penal”, *Poder Judicial*. Nº 65, 2002, pág. 63.

¹²⁷⁰ OTERO GONZÁLEZ, P., *Control telemático...*, *op. cit.*, pág. 80

Como dice **Vega Allocén**¹²⁷¹ el art. 86.4 RP se configura como una simple excepción al horario de salidas del centro penitenciario de los penados clasificados en tercer grado, pero como él mismo indica, es mucho más que una modalidad excepcional, sino que supone el nacimiento de una nueva institución: la libertad con control telemático. El art. 86.4 RP establece una excepción del tercer grado, como un simple cambio de horario, pero a nuestro juicio este artículo lo que verdaderamente establece es una modalidad específica de cumplimiento en semilibertad. Por el contrario **Gómez Pérez**, afirma que no hay ningún motivo para dramatizar, porque el art. 86.4 RP se limita a ser un simple cambio de horario dentro del tercer grado¹²⁷².

Desde nuestro punto de vista defendemos que aunque normativamente el Reglamento Penitenciario sólo contempla como “modalidades” de régimen abierto el régimen abierto pleno y el restringido pero, como ya hemos dicho, entendemos que hay otras modalidades diferenciadas y entre ellas está la contemplada en el art. 86.4 RP por su contenido y la forma tan diferente en que se cumple la pena privativa de libertad, fuera de prisión, tal y como ocurre con las Unidades Dependientes y Extrapenitenciarias.

El art. 86.4 RP establece un sistema de control de los penados que permite flexibilizar y suavizar, en un grado mayor que el régimen abierto común, el contenido de la pena privativa de libertad, aumentar la libertad del interno fomentado su autorresponsabilidad al depositar en el interno mayor margen de confianza¹²⁷³, lo cual permite una mayor integración familiar,

¹²⁷¹ VEGA ALOCÉN, M., *El tercer grado con control telemático*, Granada, 2010, págs. 1 y 9.

¹²⁷² GÓMEZ PÉREZ, J., “Los sistemas de grados y permisos”, *Ponencia del Curso Selectivo del Cuerpo Superior de Técnicos de Instituciones Penitenciarias.*, DGIIPP, Madrid, Marzo, 2007.

¹²⁷³ BECERRA MUÑOZ, J. y AGUILAR CONDE, *Realidad y políticas penitenciarias*, GARCÍA ESPAÑA, E. y DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (Directores), Málaga, 2012, pág. 170

laboral y social del mismo. Por ello, puede facilitar una transición reglada y progresiva del régimen abierto a la libertad condicional. En efecto facilita la integración del condenado en la sociedad e incrementa el grado de libertad del mismo al estar más tiempo fuera del establecimiento penitenciario. Por tanto, es un buen instrumento frente al más restrictivo de la permanencia en la prisión aunque sea abierta.

El art. 86.4 encuentra su fundamento constitucional, al igual que el del régimen abierto, en el principio de resocialización¹²⁷⁴ del art. 25.2 CE, que exige el desarrollo de formas de ejecución que favorezcan la reinserción social del penado. Igualmente, supone una mayor progresividad en cuanto a la suavización de la ejecución de la pena privativa de libertad incrementado la confianza deposita en el penado y por tanto dándole un mayor margen de libertad (art. 72.4 LOGP en relación con el art. 106.2 RP).

Este sistema de vigilancia consigue que el penado cumpla su condena en su entorno familiar, social y laboral, lo que puede facilitar, en muchos casos, su resocialización. Con ello se conseguiría uno de los fines principales de la pena privativa de libertad establecidos en el art. 25.2 CE, la verdadera reinserción social del penado

La aplicación de los medios de control, previstos en el art. 86.4 RP, se ha abierto paso en el cumplimiento de condena en régimen abierto, como una modalidad de vida adecuada, eficiente y económica, que permite desplegar los fines de la pena privativa de libertad.

Este art. 86.4 RP es una forma de cumplimiento que suaviza y flexibiliza en régimen abierto facilitando así una transición progresiva y reglada de este régimen de semilibertad a la libertad condicional. En este sentido el art. 86.4 RP puede

¹²⁷⁴ La finalidad del art. 86.4 RP es facilitar la plena integración social, laboral y familiar del interno (Auto de la AP de Huelva 130/2005; Autos de la AP Girona 468/2005, 9/200; Autos de la AP de Barcelona 1140/2004, 345/2005, 468/2005, 494/2005, 1092/2005, 1148/2005, 1581/2005, 1723/2005, 140/2006, 149/2006, 524/2006, 524/2007)

facilitar el acceso a la libertad condicional especialmente si se valora su aplicación exitosa en la concesión de la misma, pero no suplantarla.

La jurisprudencia entiende que el art. 86.4 RP no constituye un nuevo grado de ejecución de la pena privativa de libertad diferente al tercer grado y equiparable a la libertad condicional¹²⁷⁵ y también entiende que las condiciones de supervisión del art. 86.4 RP con monitorización son equivalentes a las del régimen abierto ordinario que requiere la presencia en el centro penitenciario¹²⁷⁶.

Hay autores, como **Manzanares Samaniego y Pelluz Robles**, que indican que con esta modalidad de cumplimiento queda totalmente desnaturalizada la pena de prisión, ya que constituye una pena mucho más leve que cualquier otra que prive al reo de sus derechos¹²⁷⁷. En el mismo sentido **Racionero Carmona** que indica que con este sistema se puede producir el riesgo del absoluto *vaciamiento de la pena*¹²⁷⁸. Desde nuestro punto de vista sucede todo lo contrario, y es que la pena privativa de libertad con este sistema se enriquece porque deja ésta, como en otras modalidades, de cumplirse en la prisión dotándole al penado de mayores posibilidades de reinserción social fuera de la misma. En particular, los medios de control telemático en el cumplimiento de condena despliegan el carácter retributivo que la pena privativa de libertad ostenta, en la medida que el penado se encuentra sometido a unas medidas de control extraordinario en su deambular, haciendo efectivo un verdadero régimen de vida en semilibertad, potenciando a su vez

¹²⁷⁵ Auto AP de Tarragona 303/2004; Autos de la AP de Barcelona 933/2004, de 11 de mayo de 2004, 721/2004, de 2 de junio de 2004, 482/2004, 522/2004, de 6 de junio de 2005.

¹²⁷⁶ Auto de la AP de Huelva 130/2005

¹²⁷⁷ MANZANARES SAMANIEGO y PELLUZ ROBLES. "El tercer grado penitenciario", *Artículos doctrinales: Derecho Procesal Penal*, 1999, pág. 4

¹²⁷⁸ RACIONERO CARMONA, F., *Derecho penitenciario...*, op. cit., Madrid, 1999

el principio general clave del cumplimiento de condena en régimen abierto: el principio de autorresponsabilidad.

A su vez, el recluso desarrolla su itinerario de reinserción, que engloba aspectos sociales, formativos, terapéuticos, laborales y delictivos, permitiendo evaluar un pronóstico de reinserción favorable o desfavorable que pudiera hacerle acreedor de la futura libertad condicional, ello a través de su inserción social en la comunidad con recursos formativos, laborales, terapéuticos o sociofamiliares, desplegando los fines reeducadores y reinsertados de la pena.

Esta consideración estricta del cumplimiento de condena con mecanismos de control telemático o no telemático, como modalidad de vida del régimen abierto, permite diferenciarlo de la propia libertad condicional, no incurriendo con ello en fraude de ley del art. 6.4 del Código Civil, al establecerse que el incumplimiento de las medidas de control por el interno supondrá, en su caso, la regresión de grado de tratamiento o la continuidad en el tercero con modalidad de vida más restrictiva, funciones encomendadas a la Administración Penitenciaria, frente a la libertad condicional, cuyo incumplimiento de las normas de conducta impuestas por el JVP determinan su revocación por el propio órgano jurisdiccional¹²⁷⁹.

¹²⁷⁹ NIETO GARCÍA, A. J., “El acceso al...”, *op. cit.*, pág. 3-4. Según este autor la asunción de esta modalidad de vida por la Administración Penitenciaria, con el Gobierno del Partido Popular, en su primera legislatura [1996-2000 (9)] resultó un acertado instrumento de gestión; desarrollándose con pleno rendimiento y asunción de los compromisos por los internos en su ejecución, en la segunda de sus legislaturas (2000-2004), y con una política continuista en las legislaturas de 2004 a 2011, si bien no aprovechando suficientemente el recurso —máxime en tiempos de crisis, coma alternativa al recurso desarrollado de implementación de CIS en la geografía nacional, de mayor coste económico, habiendo sido necesario desarrollar medidas restrictivas del gasto público, como pudiera haber sido la potenciación del art. 86.4 del Reglamento Penitenciario frente a la creación y mantenimiento de nuevas Unidades, para el cumplimiento

intramuros de internos en tercer grado de tratamiento, que resulta más costoso”. En “Cualidades y efectos colaterales reejecución de condena

Hay autores, como **Escobar Marulanda**¹²⁸⁰, que dudan de la constitucionalidad de este sistema de control de la ejecución pues entienden que podría vulnerar el art. 15 CE que prohíbe “las penas o tratos inhumanos o degradantes” y/o el art. 81 del mismo texto constitucional porque el control electrónico implica una serie de restricción de derechos fundamentales como la dignidad y la intimidad de las persona y que por lo tanto no pueden regularse esta forma de ejecución mediante un reglamento como es el penitenciario sino que es necesario que se regule mediante una Ley Orgánica¹²⁸¹. Estamos de acuerdo en que esta forma de ejecución debería de estar recogida en la LOGP, pues aunque es una ley relativamente moderna (con más de treinta años de vigencia) no podía prever este tipo de avances tecnológicos, con lo cual sería oportuna su reforma.

Otros autores opinan que este control tiene un carácter más punitivo que otros como puede ser la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, no cabe duda de ello, pero también es cierto que si lo comparamos con la ejecución de la pena dentro de la cárcel típica está claro que esto ya no es así, pues no es lo mismo que el penado esté día tras día en la prisión que en su domicilio, donde igualmente sigue cumpliendo la pena. Hay instituciones como el Defensor del Pueblo¹²⁸² que entiende que este tipo de ejecución podría ser ilegal pues considera que puede atentar contra el derecho a la intimidad puesto que “la esfera privada pasaría desapercibida en una prisión”. Frente a esto, podemos afirmar que más vulnerado se ve el derecho a la intimidad en la cárcel de las personas privadas de libertad y de sus familiares y amigos que van a visitarles. Así, lo admite incluso el propio Tribunal Constitucional al reconocer

conforme al art. 86.4 del Reglamento penitenciario”, Revista la Ley Penal n.º 84, julio 2011.

¹²⁸⁰ ESCOBAR MARULANDA, *Los monitores electrónicos ¿puede ser el control electrónico una alternativas a la cárcel?*, Madrid, 1998, pág. 218

¹²⁸¹ VEGA ALOCÉN, M., *El tercer grado...*, op. cit., pág. 193

¹²⁸² Declaraciones del Sr. Múgica al *Diario El País* 22/5/2001. Madrid, pág. 23

que la pena de prisión no sólo tiene un marcado efecto degradante de la persona sino que además implica una importante restricción a su intimidad, en aras a la consecución de intereses colectivos, tales como la seguridad pública (Sentencias 37/1987, 89/1987 y 54/199). Pero aquí hemos de resaltar que los controles telemáticos sólo informan si el penado está en su domicilio en el horario determinado, pero no con quién está, ni lo que hace. Por todo ello, consideramos menor desproporción punitiva en el control monotorizado que en el control carcelario. Este tipo de control presenta la ventaja añadida de incrementar la intimidad e integración en el núcleo familiar del penado y los perjuicios son menores que cuando se pernocta en el centro penitenciario aunque sea de régimen abierto.

Como vemos amplia ha sido la discusión doctrinal y jurisprudencial sobre la afectación de los derechos fundamentales de los portadores del dispositivo: la cesión del derecho a la intimidad personal y familiar del art. 18.1 CE ante razones justificadas de interés general previstas legalmente (*STC 202/1999*, “(...) *el derecho a la intimidad no es un derecho absoluto, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado y, en todo caso, respetuoso con el contenido esencial del derecho*”¹²⁸³ y *STC 196/2004*, fundamenta “*el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido.*”), la libertad personal, -respecto al cual el propio art. 17 CE concede

¹²⁸³ En aplicación del art. 8 CEDH, El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció en St. de 6 de septiembre de 1978 y 25 de febrero de 1999, entre otras: “*L’atteinte à la vie privée et familiale de la requérante provoquée par les mesures incriminées était donc soumise à d’importantes restrictions et assortie de garanties effectives et suffisantes contre les abus*”, En referencia al equilibrio entre restricción de dicho derecho -legalmente prevista- y los mecanismos del Estado de Derecho para garantizar dicho gravamen, en los casos en que exista una necesidad social relevante y proporcionadamente al fin pretendido.

limitaciones, lo cual nos remite al art. 502.2 LEcrim -, derecho a la igualdad (y su posible conculcación, en cuanto a la tenencia de un entorno óptimo para la idoneidad de la medida, como la posesión de una vivienda, trabajo estable, etc). De la segunda de las precitadas Sentencias del Tribunal Constitucional se infiere que la colocación de estos dispositivos no es antijurídica *per se*, lo que sí resulta contrario a la dignidad humana y al derecho fundamental a la intimidad es que la implantación de los sistemas de seguimiento pueda provocar la divulgación incontrolada de la imputación del portador, lo cual nos lleva a concluir que habida cuenta del riesgo existente de que en el desarrollo de la vida privada se produzca tal consecuencia, debería haberse regulado ex. art. 81.1.1 CE por normas con rango de Ley orgánica¹²⁸⁴ en una forma pormenorizada de concretos casos en los que proceda la colocación de pulseras y no por la vía reglamentaria del precitado art. 86.4 RP

Por tanto partiendo de la base de que un reglamento no es la norma jurídica más apropiada para regular una figura de tanta trascendencia como es el tercer grado con control telemático, según **Vega Allocén** lo correcto hubiese sido su regulación, como hemos dicho, mediante una ley orgánica por la posible vulneración de derechos humanos y la anticipación de la libertad efectiva¹²⁸⁵. Nosotros discrepamos en este último punto puesto que no consideramos que se produzca una libertad efectiva hasta que se termina de cumplir la pena privativa de libertad, pues también se produce libertad efectiva cuando el penado sale de permiso, durante sus salidas de régimen abierto o estando en libertad condicional.

Respecto a la forma de evitar la posible inconstitucionalidad del art. 86.4 RP se puede salvar al aceptar voluntariamente el penado este tipo de control. Pero si el penado no lo acepta la Administración Penitenciaria puede ofrecerle los otros medios de control, que no son tan eficaces porque se

¹²⁸⁴ MONTESINOS GARCÍA, A., “Pulseras Electrónicas y Derechos Fundamentales”, *Revista Jurídica Valenciana*, 20 de julio de 2008.

¹²⁸⁵ OTERO GONZÁLEZ, P., *Control telemático...*, *op. cit.*, pág. 5

limitan a ser unas visitas y entrevistas esporádicas¹²⁸⁶, como veremos más adelante.

El derecho a la intimidad es un bien jurídico esencialmente disponible, la presentación del consentimiento libre y válidamente emitido por parte del penado despeja cualquier duda de constitucionalidad al respecto. La voluntariedad de este sistema por parte del penado deber implicar la voluntad no viciada, lo que significa informarle precisa y detalladamente de estos mecanismos para o inducirles a error y para compatibilizar esta idea con la dignidad del individuo¹²⁸⁷. Por tanto es requisito imprescindible la autorización por escrito del penado y de las demás personas adultas que convivan en el mismo domicilio.

En este punto, hemos de recordar el tratamiento penitenciario siempre debe de ser voluntario. El art. 112 RP establece: “*Se estimulará la participación del interno en la planificación y ejecución de su tratamiento. Con este fin,...le informará de los objetivos a alcanzar durante el internamiento y los medios y plazos más adecuados para conseguirlos. El interno podrá rechazar libremente o no colaborar..., sin que ello tenga consecuencias disciplinarias, regimentales ni de regresión de grado*”. Así pues, el penado según el art. 86.4 habrá de aceptar voluntariamente este tipo de control telemático, sin que se le pueda obligar a su uso.

Por tanto al interno que se encuentre plenamente inmerso en su contexto familiar o comunitario y acepte de forma voluntaria estar sujeto a los dispositivos telemáticos u otros mecanismos adecuados de control que establezca la Administración le podrá ser aplicado el art. 86.4 RP. Esta modalidad de vida supone la potenciación de los principios inspiradores del régimen abierto recogidos en el art. 83.2 RP: atenuación de medidas de control, autorresponsabilidad del penado, normalización e integración social, evitación de la

¹²⁸⁶ OTERO GONZÁLEZ, P., *Control telemático...*, op. cit., pág. 9 y 194

¹²⁸⁷ OTERO GONZÁLEZ, P., *Control telemático...*, op. cit., pág. 89

desestructuración familiar y coordinación con las instancias comunitarias de reinserción.

La regulación del art. 86.4 RP es realizada por la Inst. 13/2006, de 23 de agosto, que establece que *las notas* que deben presidir su posible aplicación a cada caso concreto:

-Los penados en tercer grado a quienes se aplican las previsiones del art. 86.4 continúan en todo momento dependiendo del centro penitenciario de destino, sin que la intervención en este régimen de vida de otras instancias sociales de control o asistencia pueda suponer dejación de la responsabilidad de la Administración Penitenciaria.

-La aplicación de las previsiones del art. 86.4 precisa un permanente seguimiento de los casos y debe ser periódicamente revisada y evaluada por los órganos competentes.

-La motivación para su aplicación debe perseguir objetivos expresos de tratamiento. Por ello, formará parte del programa individualizado de tratamiento del interno (PIT).

-La aplicación del art. 86.4 implica que el interno queda eximido de pernoctar en el establecimiento, aceptando voluntariamente (firmando el correspondiente documento) los controles mediante dispositivos telemáticos o de otro tipo que establezca la Junta de Tratamiento en su programa individualizado y en la resolución de la SGIIPP al efecto.

Estos dispositivos telemáticos son conocidos como brazaletes que pueden colocarse indistintamente en el pie o la mano y sirven para saber si la persona monitorizada se encuentra en un determinado lugar en el horario previamente establecido. Así pues, esto permite controlar si el penado está en su domicilio a la hora fijada según su programa de tratamiento aprobado por la Junta de Tratamiento del centro penitenciario del que depende.

La utilización de estos brazaletes pueden atentar contra el derecho a la dignidad del penado por la posible estigmatización que genera el uso de tales medios, lo que provocaría una nueva desocialización aunque sea de manera secundaria, puesto que

estos dispositivos están cada vez más miniaturizados¹²⁸⁸. Aún así, como ya hemos indicado anteriormente, la voluntariedad de la aceptación de los mismos salva el atentado contra el derecho a la dignidad.

Cuando a un penado se le autoriza este tipo de vigilancia, el funcionario coordinador de este sistema del centro penitenciario donde ha sido trasladado aquel, con base al programa y horario realizado por la Junta de Tratamiento, establece el cronograma individualizado, es decir, unos horarios de entrada y salida de su domicilio que debe cumplir. La permanencia del penado en domicilio, en base a lo establecido en el art. 86.4 RP, debe ser de ocho horas. El resto del tiempo el penado puede salir a trabajar, estudiar, acudir a programas de tratamiento establecidos, etc.

No parece adecuado interpretar que el art. 86.4 RP permite controlar todos los movimientos del penado fuera del establecimiento y/o un horario de efectivo control superior a las ocho horas diarias que se fija para el régimen ordinario, puesto que sino la aplicación del art. 86.4 RP supondría una supervisión más restrictiva que el régimen abierto ordinario¹²⁸⁹.

El art. 86.4 RP no especifica el tipo de control telemático a utilizar. Actualmente existen tres posibilidades de control: la radio frecuencia, el sistema de reconocimiento de voz y el GPS. La Inst. 13/2006 autoriza las dos primeras opciones. La aplicación de control mediante GPS puede afectar a los derechos fundamentales puesto que el control es permanente, cosa que no ocurre mediante los otros dos sistemas que sólo indican la presencia del penado en su domicilio durante las ocho horas señaladas en su horario. Parece más aconsejable el sistema de reconocimiento de voz porque a diferencia de la radio frecuencia no precisa que el penado lleve brazaletes, ni instalación de ningún dispositivo en su domicilio, sin embargo, puede suponer la carga de recibir continuas llamadas en su domicilio para

¹²⁸⁸ OTERO GONZÁLEZ, P., *Control telemático...*, op. cit., pág. 89

¹²⁸⁹ VEGA ALOCÉN, M., *El tercer grado...*, op. cit., pág. 194

comprobar que el penado esta presente en el mismo. El sistema de radio frecuencia permite incluso que el penado no tenga línea telefónica en casa puesto que se le puede facilitar por la Administración penitenciaria un dispositivo que suple la falta línea.

En la XII Reunión de Jueces de Vigilancia, celebrada en enero de 2003, se acordó respecto a los dispositivos telemáticos:

“El control telemático para acceder a los beneficios previstos en el artículo 86.4 del Reglamento Penitenciario consistirá en el control de los dispositivos telemáticos previstos en la Inst. 13/2001(derogada por la Inst. 13/2006) de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, con carácter general, siendo excepcional y a valorar en cada caso concreto la utilización de otros medios de control.

Se trata de dar uniformidad al control de las personas que acceden al régimen de semilibertad por la vía del Art. 86.4 del RP de 1996, ya que, con anterioridad a la Instrucción 13/2001(derogada por la Inst. 13/2006) de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, que regula e implanta en el territorio nacional el uso de dispositivos telemáticos, los medios de control eran muy diversos: presentaciones en servicios sociales, ayuntamientos, firmas diarias en el centro penitenciario, etc.. Actualmente, existe la posibilidad de hacer uniforme en todo el territorio nacional dicho control a través de los principios generales y específicos establecidos en la Instrucción antes mencionada, evitando agravios comparativos entre los penados que se encuentran en esta situación. No obstante, al final se deja un margen de discrecionalidad para casos excepcionales en los que esté muy justificado que un determinado penado/a no pueda o deba someterse a este medio de control telemático”.

a´ Supuestos de aplicación

Este sistema de cumplimiento regulado en el art. 86.4 RP puede utilizarse en situaciones diferentes como establecía la Inst. 13/2001, de 10 de diciembre, que regulaba la “Aplicación

del art.86.4 del Reglamento Penitenciario” que fue derogada por la Inst. 13/2006, de 26 de agosto, que regula la misma materia. Según esta instrucción la aplicación del régimen de vida previsto en el art. 86.4 RP viene justificada por la existencia de circunstancias específicas de índole personal, familiar, sanitaria, laboral, tratamental u otras análogas que, para su debida atención, requieren del interno una mayor dedicación diaria que la permitida con carácter general en el medio abierto.

En todo caso, el régimen específico de vida regulado en la indicada instrucción, como potenciación de los principios inspiradores del régimen abierto, persigue consolidar la situación de inserción comunitaria en aquellos supuestos en los que el penado ha demostrado su clara capacidad para ello, especialmente, en los supuestos laborales, teniendo en cuenta la importancia que para los internos tiene la incorporación al mundo laboral.

La acreditación de esta capacidad del interno debe ser lo más objetiva posible y requiere una evaluación detallada y global por parte de la Junta de Tratamiento que debe tener en cuenta factores de carácter personal, social, delictivo y penal.

Como *criterios* que pueden orientar esta evaluación por parte este órgano colegiado, se ofrecen los siguientes:

-Haber obtenido una valoración positiva en las diferentes evaluaciones relativas al cumplimiento de los objetivos de su programa individualizado de tratamiento.

-Existencia de factores que favorezcan una integración socio-laboral.

-Existencia de un pronóstico favorable de reinserción social.

La aplicación de este art. 86.4 RP en cualquiera de sus supuestos puede producirse en la propuesta de clasificación inicial en tercer grado o en la progresión de grado si reúne los requisitos anteriormente citados, o como cambio de modalidad en las revisiones de grado dentro del tercer grado.

En la mayoría de los casos la aplicación del art. 86.4 RP se realiza a los penados que han demostrado una *positiva evolución en régimen abierto* durante cierto tiempo. Es decir, a aquellos internos que han manifestado una suficiente responsabilidad, autocontrol y capacidad de vivir normalizadamente en sociedad respetando la Ley Penal. Este régimen de vida también se puede aplicar a aquellos internos a quienes les falte poco tiempo para poder optar a la libertad condicional, sirviendo de “puente” previo, aunque no necesario, para obtenerla.

En los inicios de la aplicación de este tipo de controles la Administración penitenciaria fijó que el plazo de aplicación máximo sería el de seis meses para la fecha de libertad condicional. Este plazo nos parecía totalmente insuficiente, pues hay muchos internos en régimen abierto que están muchos años en este tipo de vida, saliendo diariamente a trabajar o a realizar otras actividades formativas o terapéuticas y que perfectamente podrían acogerse al sistema de control telemático sin necesidad de esperar a que sólo les falten seis meses para alcanzar la libertad condicional puesto, que, aunque los penados no acuden diariamente al centro penitenciario sí que deben hacerlo cuando sean requerido para ello por razones de tratamiento por lo que sigue habiendo cierto conocimiento de la evolución del penado en libertad. Por todo ello, nos pareció razonable que la Inst. 13/2001, de 10 de diciembre, no hubiera determinado plazo alguno para poder aplicar este sistema telemático, que, como es lógico, es sólo una de medida de control pero no la única y, además, forma parte del programa individualizado de tratamiento del interno. En cuanto a este criterio temporal, esta instrucción exige: “Permanencia en el tercer grado de tratamiento durante el período mínimo necesario que permita valorar la capacidad de autorresponsabilidad del interno en el medio abierto”.

Además del citado criterio, la Inst. 3/2001 establecía los siguientes *requisitos*:

- Haber obtenido una valoración positiva en las diferentes evaluaciones relativas al cumplimiento de los objetivos de su programa individualizado de tratamiento.

- No ser objeto su actividad delictiva de una especial alarma social.

- Disponer de una situación estable en los ámbitos laboral, socio-familiar y personal.

- Ser susceptible, por las evaluaciones disponibles en el momento actual, de obtener un pronóstico favorable de reinserción social a los efectos de su libertad condicional.

Por tanto, este tipo de régimen de vida es apropiado para aquellos penados que muestran una buena inserción social y laboral ya que permite que realicen una jornada normal en libertad y que al finalizar la misma puedan regresar a su domicilio sin la obligación de tener que ir a pernoctar a la cárcel. Pero para poder conseguir este régimen de vida es necesario que el interno haya alcanzado los objetivos sociales, laborales, formativos, terapéuticos... fijados en su programa de tratamiento, así como que haya un buen pronóstico de reinserción social.

El art. 86.4 RP no especifica los requisitos de su aplicación (sólo exige estar en tercer grado y el consentimiento del interno), su contenido, ni los medios de control ni el procedimiento de adopción.

Aún defendiendo el carácter flexible y humanitario del sistema de cumplimiento del art. 86.4 RP, es criticable que no concrete suficientemente la forma de forma de cumplimiento en esta modalidad de tercer grado. El indicado artículo no detalla en qué consiste controlar la presencia del interno fuera del establecimiento penitenciario, ni las horas de efectivo control, pudiendo realizarse diversas interpretaciones por parte de cada centro penitenciario. Por tanto nos parece acertado que la Inst. 13/2006 establezca que el control consista en permanecer durante ocho horas en su domicilio por la analogía al tiempo mínimo de permanencia en el centro penitenciario que es de ocho horas según establece el propio art. 86.4 RP.

La excepcionalidad del art. 86.4 parece que sólo puede ser aplicado en circunstancias especiales laborales, familiares, tratamentales o personales incompatibles con el régimen ordinario¹²⁹⁰. Sin embargo, parte de la jurisprudencia interpreta la excepcionalidad del art. 86.4 RP como forma flexible para favorecer la integración laboral y familiar del interno, sin necesidad de que existan circunstancias específicas de índole laboral, familiar, educativo o de salud que sean incompatibles con pernoctar en el centro penitenciario¹²⁹¹. Otra jurisprudencia requiere ambas circunstancias, que el art. 86.4 RP pueda favorecer la integración comunitaria del interno pero valorando para su concesión que éste tenga una situación familiar, laboral y tratamental consolidada y una buena conducta¹²⁹².

Con base a lo expuesto consideramos adecuado establecer normativamente como requisito para la aplicación del art. 86.4 RP la capacidad del interno de asumir una mayor integración en la comunidad pero no restringirla a los supuestos excepcionales de incompatibilidad con el régimen abierto ordinario, puesto que podemos encontrarnos con penados que no entren en esos supuestos excepcionales pero que están bien integrados socialmente (trabajadores sin horarios incompatibles, jubilados que no trabajan ni están enfermos, estudiantes sin requerir horarios especiales, etc.).

La Dirección General de Prisiones de Cataluña suele aprobar el art. 86.4 RP a internos que han mostrado una evolución positiva en este régimen, de los que puede preverse una integración social favorable, y los cuales les resta para

¹²⁹⁰ Auto de la AP de Huelva 130/2005; Autos de la AP Girona 4/2005, 9/2005, 468/2005; Autos de la AP Barcelona 1140/2004, 345/2005, 468/2005, 494/2005, 1092/2005, 1148/2005, 1581/2005, 1723/2005, 140/2006, 524/2006, 527/2007

¹²⁹¹ Auto de la AP de Sevilla 135/2005; Auto de la AP de Córdoba 80/2005; Auto de la AP Girona 135/2005; Autos de la AP de Barcelona 858/2004, 886/2004, 1009/2004, 1665/2005, 272/2007, 566/2007, 567/2007

¹²⁹² Auto de la AP de Huelva 130/2005; Auto de la AP de Barcelona de 11/5/2004; Auto de la AP de Sevilla 471/2005

cumplir las $\frac{2}{3}$ o $\frac{3}{4}$ partes de la condena un tiempo no superior respectivamente dos años y medio o tres años. Fijar estos plazos no nos parece lo más acertado puesto que puede haber internos que no cumplan esos plazos pero que requieran la aplicación del art. 86.4 RP bien por razones excepcionales o bien por estar ya integrados favorablemente. En este mismo sentido y por las mismas razones entendemos que no es necesario estar un determinado tiempo en tercer grado para después aplicar el art. 86.4 RP pues éste se puede aplicar incluso desde el principio de la ejecución penitenciaria de la pena si el interno reúne los requisitos que así lo aconsejen.

La Inst. 13/2006 establece que no es aconsejable la aplicación de este tipo de vida a los internos que estén realizando determinados programas especializados de los regulados en el art. 116 RP, como son los drogodependientes, agresores sexuales o maltratadores en el ámbito familiar, sin que hayan alcanzado *previamente* los objetivos terapéuticos perseguidos. Entendemos que si ya han conseguido estos objetivos sí podrían aplicárseles este tipo de control, sobre todo, a agresores sexuales y maltratadores en el ámbito familiar. Está claro que este sistema de control telemático podría utilizarse también para el control de los agresores en el ámbito familiar que estén en condiciones de disfrutar de permisos penitenciarios, régimen abierto o libertad condicional, sobre todo y obligatoriamente cuando el penado tenga impuesta una medida de prohibición de residir y acudir a determinados lugares, como la prohibición de acercarse a la víctima o a otras personas relacionadas con la misma. Con este control se garantizaría mejor que el penado cumpliera durante la ejecución de la pena de prisión las medidas de alejamiento indicadas en sus salidas al exterior. Para ello bastaría que este control fuese incluido, por analogía con el art. 86.4 RP, como requisito obligatorio para disfrutar de tales permisos, y en los programas de tratamiento tanto para la progresión a tercer grado como para la libertad condicional, en este mismo sentido se pronuncia **Renart García**: “ *En la legislación penal y penitenciaria vigente no existe previsión expresa que autorice su utilización en el ámbito de la libertad condicional; sin embargo también es cierto que*

no existe precepto legal alguno que, de modo expreso o tácito imposibilite su uso. (...). Siendo así no vemos obstáculos para que dicho órgano – el mismo a quien corresponde la iniciativa de aplicar a un interno las previsiones del art. 86.4- (Junta de Tratamiento) pueda decretar que el control de quienes acceden al último período de su condena pueda realizarse a través de medios telemáticos”¹²⁹³. Nosotros estamos de acuerdo con esta postura, si bien, como hemos dicho anteriormente, sería necesaria su regulación en la LOGP pues el RP no es el lugar idóneo para imponer condiciones que pueden afectar a los derechos fundamentales, dado que según el art. 81 de la Constitución sólo pueden ser restringidos por leyes orgánicas.

Concretando, según la Inst. 13/2006 se puede aplicar el art. 86.4 RP a los penados que se encuentren en determinadas situaciones específicas por razones de índole personal, familiar¹²⁹⁴, sanitaria o laboral, y que requieran una mayor atención del propio interno o sus familiares. Podemos diferenciar tres supuestos:

1. *Madres con hijos.* La posibilidad de aplicación de este tipo de vida está recogida en el art. 17.4 RP en el que se determina que deben primar los derechos del niño sobre los de la madre y, por tanto, si el hijo es recién nacido, esta prioridad debe ser mucho mayor. Esta medida se aplicará cuando no existan otras alternativas más adecuadas para el niño, como pueden ser las Unidades Dependientes reguladas en el art. 180 RP. La duración según la Inst. 13/2001 era de dieciséis semanas, después podría ser aplicado el art. 179 RP que establece el horario flexible con el fin de fomentar el contacto con su hijo y para ello la madre puede pernoctar en su domicilio regresando a la prisión abierta durante el día en el horario que se le determine. Pero la Inst. 13/2006 no fija un tiempo determinado de duración de la medida en este supuesto dado que aquella instrucción se

¹²⁹³ RENART GARCÍA, F., *La libertad condicional...*, op. cit., págs. 269-292

¹²⁹⁴ Los Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 y 31 de marzo de 2005 aprueban el art. 86.4 RP para el mantenimiento de la estabilidad familiar.

refería a madres con hijos recién nacidos y la actual sólo se refiere a madres con hijos, sin especificar la edad de estos, lo cual consideramos positivo pues no establece un plazo determinado que puede ser individualizado en función de cada caso.

La Inst. 13/2006 establece que este supuesto, la aplicación del régimen específico de vida encuentra su justificación y, al tiempo, sus límites en garantizar la atención integral por parte de la madre -o del padre, en ausencia de aquélla, siempre que se acredite que los hijos se encuentren a su cargo y cuidado- a los hijos menores. La defensa de los derechos del menor se encuentra recogida, entre otras normas, en el art. 17.4 del RP. La medida se aplicará siempre que no existan, tras valoración de las circunstancias de la madre, otras alternativas preferibles para los intereses del menor.

Las Juntas de Tratamiento formularán los correspondientes estudios-propuesta con la antelación suficiente para que su efectiva autorización y aplicación pueda atender el fin perseguido.

En estos supuestos se contemplarán también las estrategias y los medios que favorezcan la continuidad de la atención al menor en el entorno más adecuado para él. A lo largo del periodo de la lactancia son de aplicación, en todo caso, las previsiones contenidas en el artículo 179 RP.

La Instr. 13/2001 preveía la posibilidad de que este tipo de vida del art.86.4 RP pudiera ser aplicado al padre en ausencia de la madre, lo cual nos parecía muy razonable en base al derecho a la igualdad recogido en el art.14 de nuestra Constitución, la Inst. 13/2006 también permite esta posibilidad.

2. *Convalecencias médicas.* El régimen de vida previsto en el art. 86.4 RP también puede ser utilizado para aquellos penados clasificados en tercer grado que debido a razones médicas (enfermedad, intervención quirúrgica...) sea conveniente que se recuperen en su domicilio pues el ir a pernoctar a prisión abierta podría afectar seriamente su recuperación. La duración de esta medida estaría vinculada a

criterios estrictamente médicos y, una vez finalizada esta situación excepcional, el interno volverá al tipo de vida que le corresponda en régimen abierto. La base legal es el art. 3.4 de la LOGP “*La Administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos*”.

Según la Inst. 13/2006 la aplicación de las previsiones del art. 86.4 RP viene, en este caso, justificada por la debida atención al derecho a la salud de los internos, recogido en el art. 3.4 de la LOGP. Su finalidad es permitir al penado en tercer grado la recuperación en su domicilio de una enfermedad o intervención quirúrgica, siempre que la misma no pueda llevarse a cabo con las mismas garantías en el establecimiento de destino.

Su duración vendrá determinada por criterios estrictamente médicos, resultando necesario para ello el informe o certificado médico oficial, avalado por el médico del establecimiento, en el que conste el pronóstico inicial de la convalecencia y los plazos para su revisión.

El presente supuesto posee, por su naturaleza, carácter transitorio y tiene como objetivo la reincorporación del interno a su actividad normal. No son de aplicación las previsiones del artículo 86.4 a los casos de ingreso hospitalario ni, en general, a los de enfermedad grave e incurable, para los que existen otras alternativas legales (art. 104.4 RP). El Auto del JVP nº 1 de Madrid de fecha 2-7-2007, progresa a un penado al tercer grado del art. 104.4 RP y dictamina que le será aplicado en su domicilio el régimen de vida del art. 86.4 RP hasta que el Centro Penitenciario estudie y en su caso eleve el expediente de libertad condicional por enfermedad grave e incurable.

3. En base a *condiciones laborales especiales*, lo cual permite que el interno pueda realizar su jornada laboral aunque el horario de la misma sea atípico, ya que ésta puede dificultar su permanencia en la prisión abierta. La base legal de esta alternativa la encontramos en el art. 26 LOGP donde se establece que el trabajo es un elemento fundamental del tratamiento, con lo cual es necesario dar prioridad a que el penado no pierda su puesto de trabajo si lo tiene o que el horario

del centro penitenciario no dificulte el encontrar un puesto de trabajo que pueda facilitar su inserción social.

La Junta de Tratamiento tiene que valorar si el puesto de trabajo es adecuado para el penado o si ha sido elegido como medio de eludir la presencia diaria en el centro. En este sentido se pronuncia **Nistal Burón**¹²⁹⁵ al advertir que la Junta de Tratamiento debe efectuar tres comprobaciones previas. Primera, que el penado no ha buscado ese trabajo con la intención alevosa de beneficiarse de las ventajas que ofrece el tercer grado con medios telemáticos. Segunda, que el desempeño del trabajo no puede compatibilizarse en el destino a otro centro penitenciario. Y tercera, que el contenido y las condiciones de trabajo no pueden ser incompatibles con la reeducación y reinserción social, pues el trabajo es un elemento fundamental del tratamiento, como ya hemos indicado anteriormente.

Aunque la duración de la estancia en este tipo de vida debería estar vinculada a la situación laboral, si ésta desaparece (despido, baja por enfermedad, etc.) entendemos que se deberían tener en cuenta otros factores importantes para su tratamiento que pueden aconsejar el mantenimiento de los controles telemáticos si su evolución es positiva y no hay indicios de que vaya a hacer mal uso de este tipo de vida.

b´ Otras medidas de control

Podríamos preguntarnos si las dos clases de control, con y sin medios telemáticos, tienen una importancia equivalente o si los dispositivos telemáticos son de aplicación preferente respecto a los otros. En un principio, una interpretación gramatical del art. 86.4 RP parece decantarse por la primera idea, porque en ningún momento se utiliza un criterio de jerarquía. Por el contrario, emplea la conjunción copulativa “y”, que sirve siempre para unir e igualar, y nunca para destacar y

¹²⁹⁵ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., *Manual de...*, op. cit., pág. 339

diferenciar. En el mismo sentido se pronuncia **Castellano Rausell**¹²⁹⁶.

A pesar de lo expuesto, como bien dice **Vega Alocén**, existen varios argumentos a favor de la jerarquía de los medios electrónicos¹²⁹⁷:

1. Se mencionan primero a los medios telemáticos con la intención evidente de destacar su carácter preferente sobre los otros medios de control, que quedan así relegados a un segundo plano.

2. El control telemático es el que proporciona relieve y singularidad a la figura. Sin él, ésta seguiría siendo revolucionaria por sus efectos, pero perdería parte de su fulgor y brillantez.

3. Los dispositivos telemáticos son los medios de control que se mencionan con una menor imprecisión, porque los otros sufren la indeterminación jurídica más absoluta.

4. La Administración Penitenciaria defiende el principio de jerarquía en la Inst. 13/2006. No sólo afirma que los medios de control preferente son los dispositivos telemáticos, sino que incluso va más allá en sus consideraciones, y destaca una variedad muy concreta de ellos: la monitorización electrónica mediante pulsera. Si todos estos razonamientos no fuesen suficientes y todavía quedase alguna duda, además califica de sustitutivas o complementarias a las otras medidas de control cuando afirma: “En los casos en los que las circunstancias laborales o residenciales del penado hagan inaplicable el sistema de monitorización electrónica, podrá éste verse sustituido por otras medidas...”.

Por todo lo expuesto la Inst. 13/2006 establece que existen otras medidas de diferente naturaleza aplicables en los casos en que las circunstancias laborales o residenciales del

¹²⁹⁶ CASTELLANO RAUSELL, P., “Las últimas reformas penales”, *Cuadernos de Derecho Judicial* III-2005, CGPJ, Madrid, pág. 95.

¹²⁹⁷ VEGA ALOCÉN, M., *El tercer grado...*, *op. cit.*, págs. 45-46

penado hagan inaplicable el sistema de monitorización electrónica siempre y cuando se garanticen un control suficiente sobre interno¹²⁹⁸. Estas medidas de control, complementarias o

¹²⁹⁸ Un claro ejemplo de este tipo de medidas es el Auto del JVP de Pamplona de 4 de abril de 2011. En el presente expediente no se discute el grado de clasificación del penado (que es el tercero) sino la modalidad de vida aplicable, más en concreto si resulta procedente o no hacer uso de las previsiones del art. 86.4 RP. De un análisis de la evolución del penado de todas sus circunstancias debe concluirse que, en la actualidad, concurre un conjunto de elementos de carácter laboral y familiar que, junto con la evolución normalizada y correcta del penado, justifica la aplicación de la especial modalidad solicitada.

Ciertamente, las labores profesionales del penado, con unas características particulares, y que podrían calificarse de carácter gerencial-comercial o intermediación en la contratación entre empresas ... exigen una notable dedicación, más allá de lo que podría enmarcarse en ordinario horario laboral normalizado, pues muchas veces se realizan en horarios fuera de los estrictamente de atención al público... algo que, desde luego, resulta de difícil compaginación, por muchos esfuerzos de adaptación que se realicen, con un horario y régimen que exige un regreso habitual diario al centro penitenciario...A ello a que añadir que el penado cuenta con una familia...Todo ello confirma una situación en la que resulta debidamente justificada la aplicación del art. 86.4 RP puesto que su situación exige una notable dedicación por su parte para atender debidamente a todos estos aspectos y, de tal manera y con dicho instrumento legal, logra de la manera más lógica y adaptada posible una progresiva y más plena reinserción social...

El tercer grado se le instauró en junio del año 2009, desde entonces y hasta ahora, y salvadas algunas incidencias puntuales de adaptación, la evolución ha sido positiva, de manera que de atenderse la petición.

Y eso aun cuando, desde luego, dada la muy próxima fecha en que está previsto el alcance de la libertad condicional...

El control no se materializará mediante dispositivo electrónico, sino a través de los otros mecanismos posibles, personaciones del penado, entrevistas, contactos telefónicos, etc.

Por todo lo cual, Acuerdo Estimar el recurso interpuesto por el penado... frente a la resolución del Centro Directivo de 1 de febrero de 2011 en el sentido de que la modalidad del Tercer Grado a aplicar al penado será la del art. 86.4 RP mediante controles diferentes al dispositivo telemático.

sustitutivas de la localización telemática según los casos, podrán consistir entre otras:

-Visitas de un profesional del establecimiento al lugar de trabajo u ocupación del interno.

-Presentaciones del interno en una unidad de la Administración Penitenciaria.

-Presentaciones del interno en dependencias policiales o de la Guardia Civil.

-Comunicaciones telefónicas en uno u otro sentido.

-Comprobaciones relativas a la documentación de carácter laboral.

-Controles sobre actividades terapéuticas.

-Entrevistas con el interno por parte de diferentes profesionales penitenciarios.

-Entrevistas con miembros de la unidad familiar del interno.

Es imprescindible que la Ley orgánica en futuro regule este tipo vida en régimen abierto especifique con claridad los medios de control aplicables: los telemáticos y los otros. No puede admitirse la situación actual, que deja en manos de la Administración penitenciaria su determinación y aprobación¹²⁹⁹.

El Auto de la AP de Barcelona de 31 de enero de 2007 entiende que el art. 86.4 debe aplicarse con control electrónico y otros medios de control o supervisión equivalentes, pero no menores. En el mismo sentido el Auto 1512/2005 de la indicada Audiencia acepta la aplicación del art. 86.4 RP sin monitorización y con aplicación de otros medios de control menos exigentes como presentaciones semanales del interno en el establecimiento penitenciario, si según la situación de inserción comunitaria del interno y su buena conducta permiten considerar que el control electrónico no es necesario.

¹²⁹⁹ VEGA ALOCÉN, M., *El tercer grado...*, op. cit., pág. 194

Otro ejemplo de aplicación del art. 86.4 sin medios telemáticos lo tenemos en el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 5 de Valencia de fecha 18/4/2012. En el mismo el JVP, ante la petición de un interno clasificado en tercer grado de poder disfrutar de permisos fuera de España, puesto que tiene trabajo como conductor de camiones, resolvió autorizar dichos permisos: *“por analogía del criterio mantenido al respecto del disfrute de permisos por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Madrid entre otros, en autos 802/1998, de 26 de Junio, y 472/2002, de 19 de Febrero, en el sentido de que el principio de territorialidad de la ejecución de la pena no impide el disfrute de permisos en el extranjero, y como quiera que el desarrollo de un actividad laboral es algo básico e el régimen abierto, se debe permitir el disfrute de permisos en el extranjero”*. Como solución a la aplicación de un régimen de vida que le permita al interno la conciliación de su vida laboral con la de régimen abierto, el indicado JVP en el citado Auto, con buen criterio, sugiere la aplicación de la modalidad de vida del art. 86.4 RP sin medios telemáticos: *“el art. 86.4 RP permite la no pernocta en el centro, sustituyéndolo por otros mecanismos de control suficiente, se autoriza la salida al extranjero del interno para desarrollar la actividad laboral”*.

El tipo de controles sólo mediante presentaciones periódicamente en el centro penitenciario sí que se podría equiparar a la libertad condicional puesto que durante la misma sólo se suele exigir este tipo de presentaciones. Este tipo de control sin medios se puede aplicar cuando no se pueda utilizar el control telemático, pero entendemos que también se podría aplicar a los penados que muestren muy buena evolución penitenciaria en régimen abierto y por tanto un pronóstico favorable inserción social, con lo cual no son necesario mayores controles. Evidentemente, en estos casos nos encontramos con penados a quienes se le podría poner en libertad condicional pero que no se les puede aprobar por faltar el requisito temporal del cumplimiento de las 2/3 o 3/4 partes de la pena, con lo que una vez cumplidos estos plazos se les puede aprobar perfectamente la libertad condicional.

Salvo excepciones justificadas, los internos incluidos en el programa de monitorización electrónica pasarán, al menos, un control presencial cada quince días. Para los supuestos en los que no sean aplicables dispositivos de localización telemática, y como límite mínimo para las situaciones totalmente consolidadas en las que los principios de confianza y autorresponsabilidad son mayores, debe establecerse dos controles presenciales semanales.

La periodicidad y cadencia de estas medidas serán, en todo caso, las adecuadas a los fines perseguidos. Siempre que se estime conveniente, se aplicarán controles de forma aleatoria. Lógicamente, pueden efectuarse modificaciones en el programa inicial de controles, en función de las circunstancias concurrentes en cada momento. Deberá quedar constancia de todos los controles realizados y de su resultado.

Los penados que sigan el régimen de vida del art. 86.4 RP podrán disfrutar los permisos y salidas de fin de semana que, de acuerdo con su clasificación, les correspondan. Durante ellos no tendrán que cumplir los controles establecidos de acuerdo con el art. 86.4 RP.

Si se constata el incumplimiento de cualquiera de las medidas de control establecidas en el programa de seguimiento, se requerirá al interno para que se presente en el centro penitenciario con la mayor brevedad posible a fin de que explique y justifique las circunstancias y razones de su comportamiento. Sobre la base de los resultados de dicho requerimiento, los órganos competentes del establecimiento adoptarán las medidas reglamentariamente procedentes.

c' Procedimiento

La Inst. 13/2006 establece el procedimiento a seguir para aplicar este régimen de vida. Como principio general, la iniciativa de aplicar a un interno las previsiones del art. 86.4 partirá de la Junta de Tratamiento que, ante la existencia o previsión de las circunstancias antes enumeradas y a la vista del estudio efectuado por el Equipo Técnico, se pronunciará sobre la

procedencia o no de su aplicación, elaborando el correspondiente informe-propuesta motivado. A esta propuesta deberá añadirse, en el caso de aplicación de un dispositivo telemático, la aceptación y compromiso expresos por parte del interno así como los de las personas que conviven con él. Dicho acuerdo, con toda la documentación que requiere el caso, se elevará a la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria (Servicio de Tratamiento) para su resolución en la que constará el periodo de vigencia de la medida y los controles de seguimiento establecidos¹³⁰⁰.

Todas las autorizaciones de aplicación del régimen de vida previsto en el art. 86.4 RP, serán comunicadas por el establecimiento al JVP. Igualmente, se le notificarán los acuerdos que pongan fin a su aplicación.

Se ha criticado que no sea el JVP el órgano competente para aplicar el art. 86.4 RP al asimilarse a la libertad condicional, y al tener que ser ésta aprobada por el JVP, la aplicación del art. 86.4 RP podría vulnerar la reserva jurisdiccional recogida en el art. 117 CE, que dispone que es competencia de los jueces y tribunales juzgar y hacer ejecutar lo

¹³⁰⁰ En materia de clasificación penitenciaria hemos de tener en cuenta la reforma de delegación de competencias operada por la Orden INT/1127/2010, de 19 de abril por la que la Orden INT/985//2005, de 7 de abril, por la que se delegan determinadas atribuciones y se aprueban las delegaciones efectuadas por otras autoridades. En esta reforma se incorpora un nuevo punto 5 en el Apartado vigésimo segundo de la Orden INT/985/2005, de 7 de abril, que establece que los Gerentes y Directores de los Centros Penitenciarios y Centros de Inserción Social, por delegación del titular de la Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto, ejercerán (entre otras) las siguientes atribuciones respecto a *los internos no vinculados a organizaciones terroristas o internos cuyos delitos no se hayan cometido en el seno de organizaciones criminales*:

- Autorizar la aplicación de las diferentes fases y modalidades de vida dentro del régimen abierto a los penados ya clasificados en tercer grado.
- Aprobar la aplicación de las previsiones del art. 86.4 RP, a los penados ya clasificados en tercer grado, siempre que consistan en la instalación de los adecuados dispositivos de control telemático. Por tanto si el control va a ser sin medios telemáticos la aprobación corresponderá al Centro Directivo.

juzgado, por tanto la aplicación del art. 86.4 RP telemático debería ser una competencia exclusiva del poder judicial. En concreto del JVP, que es órgano judicial competente para salvaguardar los derechos de los internos¹³⁰¹.

Es necesario darle rango legal a la vigilancia electrónica de los internos clasificados en tercer grado puesto que actualmente sólo está recogida en el art. 86.4 RP, por ello no es de extrañar que algún órgano jurisdiccional, como el Juez del Juzgado Nº 2 de Vigilancia Penitenciaria de Madrid en su Auto de fecha 6 noviembre de 1997, considerase ilegal el art. 86.4 RP al permitir a los penados las salidas de los centros penitenciarios sin cumplir los requisitos fijados por la ley, puesto que se trata de una libertad condicionada encubierta sin la preceptiva aprobación judicial. Con esta reforma legal se solucionaría la posible vulneración de derechos fundamentales afectados.

Nosotros entendemos que esta crítica se puede realizar, no sólo en el caso de la aplicación del art. 86.4 RP sino en todos los casos de clasificación o progresión a tercer grado, puesto que el art. 86.4 RP es tan sólo una modalidad más de vida en régimen abierto.

La Inst. 13/2006 establece que se debe comunicar al JVP las decisiones de adopción y finalización de la medida. Entendemos que en caso de solicitud del interno de la aplicación del art. 86.4 RP si le es denegada, como supone una revisión de grado, el mismo puede acudir en recurso ante el JVP reclamando esta modalidad de vida.

Una vez aplicado el art. 86.4 RP será objeto de revisión periódica por la Junta de Tratamiento cada seis meses¹³⁰² y siempre que incidencias relativas a los dispositivos de seguimientos establecidos o una modificación en las circunstancias que la propiciaron lo aconsejen. Si dichas circunstancias suponen un riesgo de quebrantamiento, mal uso o

¹³⁰¹ VEGA ALOCÉN, M., *El tercer grado...*, op. cit., págs. 6-7 y 193

¹³⁰² La Instrucción 13/20001 establecía que la revisión debería hacerse cada tres meses.

comisión de nuevo delito, el Director podrá suspender provisionalmente su aplicación hasta que se produzca la correspondiente resolución. Pero debe estar en su domicilio o lugar establecido en el horario determinado, por lo tanto si sale o manipula el aparato se dispara la alarma en la unidad de control del centro penitenciario del que depende el penado. Después de hablar con el penado y una vez averiguadas las causas del disparo de la alarma, por parte del Director del centro penitenciario se debe decidir si el penado sigue con su régimen de vida o si, por el contrario, debe reingresar en el dicho centro. Esta medida provisional debe ser estudiada por la Junta de Tratamiento que en base a los informes emitidos podrá proponer a la Secretaría General de IIPP que se le retire este sistema de vigilancia e incluso que sea regresado a segundo grado, y que por lo tanto vuelva a una prisión de régimen ordinario.

Cuando hayan desaparecido las circunstancias que motivaron la aplicación del régimen del art. 86.4 RP o vaya a concluir el periodo expreso de vigencia de la autorización, la Junta de Tratamiento revisará su cumplimiento pudiendo acordar la prórroga de la aplicación si persistieran las razones que la motivaron o surgieran otras nuevas que así lo justifiquen. En caso contrario, la Junta de Tratamiento formulará la correspondiente propuesta de cambio en la situación del interno. Ambos supuestos serán comunicados al Centro Directivo.

Para la aplicación de medidas de localización telemática se tendrán en cuenta las siguientes *disposiciones específicas*:

-El interno debe poseer en su domicilio la infraestructura adecuada para que pueda instalarse en él el dispositivo de localización y comunicación que arbitre la Administración Penitenciaria. Coincidimos con **Vega Alocén**¹³⁰³ en que este servicio debe ser gratuito y por tanto es la Administración Penitenciaria la que debe asumir el coste de la aplicación de los dispositivos telemáticos. Lo contrario supondría un elemento discriminatorio inaceptable en la ejecución de la pena privativa de libertad.

¹³⁰³ VEGA ALOCÉN, M., *El tercer grado...*, op. cit., pág. 194

-El interno debe aceptar de forma expresa someterse a las condiciones de aplicación de los dispositivos telemáticos que establezca la Administración, de las que habrá sido suficientemente informado con anterioridad. Los miembros adultos de la unidad familiar que residan en el domicilio en el que se lleve a cabo la instalación deben mostrar, de forma igualmente expresa, su consentimiento con el establecimiento y desarrollo de esta medida.

-El interno será responsable del correcto uso y cuidado de los elementos técnicos instalados en su domicilio y en su persona, quedando obligado a mantenerlos en todo momento a disposición de la Administración Penitenciaria.

-El tiempo de permanencia obligada y controlada en el domicilio será, como norma general, de ocho horas diarias. Las excepciones a dicha norma deberán venir justificadas sobre la base del programa individualizado de tratamiento.

-Los efectos de la resolución que autorice el régimen de vida del art. 86.4 RP se contraerán al momento en que se encuentren instalados y operativos los adecuados dispositivos de control telemático en el domicilio del interno.

También se tendrán en cuenta los siguientes *aspectos*:

-Cuando la Junta de Tratamiento, a la vista de los estudios llevados a cabo por el Equipo Técnico sobre el interno y su situación sociofamiliar, así como los compromisos citados anteriormente estime la idoneidad de aplicar los dispositivos de localización telemática, elevará propuesta a la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria.

-Una vez recibida toda la documentación la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria podrá dictar resolución autorizando la aplicación del art. 86.4 RP en cualquiera de sus formas de aplicación.

-Resuelta la propuesta y comunicada al Centro Penitenciario la resolución de autorización y preparados los equipos a instalar, se llevarán a cabo lo antes posible las tareas de instalación de los correspondientes dispositivos en el

domicilio del interno. Completada la instalación, se notificará al mismo la resolución de autorización con entrega de copia y firma fechada del recibí.

-Para la tramitación de las propuestas de aplicación del art. 86.4 RP se tendrán en cuenta que los acuerdos relativos a este régimen de vida que puedan adoptar las Juntas de Tratamiento lo serán siempre en fase de "propuesta". No resultan posibles acuerdos de resolución sobre la base del art. 103.7 RP. En tales casos (clasificación inicial con condena no superior a un año), las Juntas de Tratamiento remitirán la correspondiente propuesta al Centro Directivo.

-En el caso de que se reciba un auto de Vigilancia Penitenciaria, cuya parte dispositiva recoja este régimen de vida, se remitirá el mismo al Centro Directivo y la Junta de Tratamiento propondrá los dispositivos o mecanismos de control aplicables al caso, y un breve informe sobre la situación penal, con fechas de cumplimiento.

d´ Evolución de la aplicación del art. 86.4 RP

En nuestro país la puesta en marcha de estos sistemas telemáticos tuvo lugar en abril del año 2000 cuando la DGIIPP puso en marcha un programa experimental en el Centro de Inserción Social Victoria Kent de Madrid, en el que fueron incluidos diez internos clasificados en tercer grado. Según la Administración Penitenciaria el resultado fue satisfactorio y por eso se amplió a todos los centros penitenciarios y, desde entonces, las han llevado más de cuatro mil penados. A finales del año 2010 había controlados por este sistema un total de 2064 internos dependientes de la SGIIPP¹³⁰⁴.

¹³⁰⁴ Datos de la Subdirección General de Medio abierto. Septiembre 2011. Evolución Instalación de medios telemáticos. Panorámica del Medio Abierto. Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto. Subdirección General de Medio Abierto. Madrid. 2011, pág. 53:

Este tipo de vigilancia está siendo efectivo si se piensa que las bajas en la aplicación de la misma ha sido positiva. El 86.4% de los penados controlados salieron en libertad condicional, si bien el 14,6% les fue suprimida por incumplimientos de sus programas de tratamiento, constando sólo cuatro evasiones (se quitaron la pulsera y se fueron) hasta finales del año 2008. El caso de Maximino Couto, interno que estando clasificado en tercer grado art. 86.4 asesinó a dos vecinos hizo dispararse las alarmas contra este tipo de control pero la experiencia de este caso demuestra que este tipo de dispositivos suelen ser más precisos y fiables que los hombres que los controlan¹³⁰⁵.

Aunque este sistema se aplica a una población preseleccionada y no sirva por tanto para realizar un estudio muy riguroso, está claro que podemos analizar la reincidencia de este tipo de internos para valorar si es positiva la aplicación de este tipo de vigilancia. En un estudio realizado en Cataluña¹³⁰⁶ (donde el 25% de los internos están clasificado en tercer grado frente al 14% de los internos dependientes de la Administración Penitenciaria Central), entre los años 2001 y 2005 durante el cual se realizó el seguimiento de 304 penados clasificados en tercer grado frente a 307 elegidos al azar que fueron clasificados en segundo grado. El resultado fue que la tasa de reincidencia es de cuatro veces inferior (9,2%) frente a la reincidencia de los

	Año	Año	Año	Año	Año	Año	Año	Año	Año	Año
	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Instalaciones	392	455	539	728	1103	1653	1801	1967	1974	2045
Bajas año	126	370	473	565	793	867	1728	1804	1822	2067
Activos	266	351	417	580	890	1676	1749	1902	2064	2035

¹³⁰⁵ GUDÍN-RODRÍGUEZ MAGARIÑOS, F. “La nueva pena de libertad vigilada bajo control de sistemas telemáticos”, *Revista General del Derecho Penal*, Nº 11 (2009). Pág. 12-13

¹³⁰⁶ CAPDEVILA CAPDEVILA, M. PARÉS I GALLÉS, R., FERRER PUIG, M. LUQUE REINA, E. TORRECILLAS. MADRID, M. “La clasificació inicial en règimen obert dels condemnats a presó” *Justidiata*. Nº 43. Febrer. 2006. Pág. 2-12 y ss.

clasificados en segundo grado que fue de un 37,4%. En ese estudio ningún interno de los 53 que tenían aplicado art. 86.4 reincidió, y sólo a uno se le regresó a segundo grado¹³⁰⁷.

Las características de las personas a quienes se les aplicó el art. 86.4 fueron las siguientes:

- Hay más mujeres
- Menos toxicómanos
- Menos personas con problemas de salud mental
- Más personas con opciones laborales
- Más delincuentes primarios

Según estudios realizados en EE.UU., en términos de eficacia y reincidencia, han llegado a la conclusión que este sistema de control es más útil cuando se aplica en periodos cortos de tiempo, que suele establecerse entre 60 y 90 días. En Europa se cifra como máximo en seis meses) no solo porque el nivel de cumplimiento decrece a partir de los tres meses sino

¹³⁰⁷ POBLACIÓN PENADA EN 3º.86.4 RP FRENTE AL TOTAL DE LA CLASIFICADA EN TERCER GRADO (Datos SGIIPP y Generalitat Cataluña)

AÑO	SGIIPP	CATALUÑA	ESPAÑA
2004	6,79 %	7,96%	7,03%
2005	8,36%	8,000%	8,29%
2006	11,14%	11,40%	11,12%
2007	24,73%	11,59%	22,21%
2008	24,90%	12,33%	22,33%
2009	23,28%	11,60%	21,07%
2010	23,38%	17,20%	22,27%

Como podemos apreciar desde el año 2006 se produce un gran aumento en la aplicación del artículo 86.4 RP con control telemático, llegando casi al 25% de la población clasificada en tercer grado. Es de destacar que en el territorio de la SGIIPP es mucho mayor la aplicación de este tipo de control telemático frente a Cataluña.

porque se ha constatado que un plazo mayor es demasiado duro para el interesado y para su familia¹³⁰⁸. Pero en España los periodos de aplicación de estas medidas son muchos más largos, llegando a ser varios años, puesto que el interno ha de esperar a cumplir las 2/3 o 3/4 partes de la pena para alcanzar la libertad condicional, y si fue clasificado en tercer grado al iniciar el cumplimiento de la pena le quedará bastante tiempo para llegar a cumplir los plazos indicados.

Este tipo de control telemático permite un gran ahorro económico pero para nosotros lo más importante no es esto sino que este tipo de vida facilita que el interno se inserte de una manera más adecuada en la sociedad, después de haber pasado por la cárcel, tanto por la ordinaria como por la abierta.

Por tanto, según la Inst. 9/2007 el art. 86.4 RP se puede aplicar por la existencia de necesidades personales, familiares, sanitarias, laborales, tratamentales u otras análogas que, para su debida atención, requieran del interno una mayor dedicación diaria que la permitida con carácter general en medio abierto, que necesiten de esta modalidad de vida para su atención, en supuestos tales como:

-Atención del progenitor a hijos menores de edad, en horarios incompatibles con los de la sección abierta.

-Convalecencias médicas para recuperarse mejor de una enfermedad o intervención quirúrgica, siempre que la misma no pueda llevarse a cabo con las mismas garantías en el establecimiento de destino .El presente supuesto posee, por su naturaleza, carácter transitorio, de modo que no serán de aplicación las previsiones de este artículo a los casos de ingreso hospitalario ni, en general, a los de enfermedad grave e incurable, para los que existen otras alternativas legales.

-Necesidades familiares para la atención y cuidado de miembros de la unidad familiar en horarios incompatibles con los de la sección abierta.

¹³⁰⁸ OTERO GONZÁLEZ, P., *Control telemático de...*, op. cit., pág. 108

-Expectativas de futuro favorable para aquellos internos que han demostrado una evolución positiva en el medio abierto contrastada y con una perspectiva de integración social favorable¹³⁰⁹.

¹³⁰⁹ Según un estudio realizado en el año 2008 por la Generalitat de Catalunya una tercera parte de los reclusos catalanes que entre principios del 2004 y finales del 2006 disfrutaron del régimen abierto o de semilibertad participaron en el programa de control telemático de la Conselleria de Justícia de la Generalitat. Esta investigación llevada a cabo destaca que la modalidad de cumplimiento de condena de tercer grado penitenciario --régimen abierto o semilibertad-- fue aplicada a un total de 1.019 internos en los centros penitenciarios catalanes en los tres años que van desde el 1 de enero del 2004 hasta el 31 de diciembre del 2006. De todos ellos, una tercera parte (el 34,2%, es decir, un total de 348 reclusos) ha participado en el proyecto denominado técnicamente programa de control electrónico monitorizado. En el análisis general, se detecta una proporción más elevada de mujeres y de ciudadanos españoles entre los penados que acceden al régimen abierto. En cambio, ni el estado civil del reo, ni el delito principal por el que fue condenado, ni la duración de la pena parecen variables decisivas para determinar la aplicación o no de este sistema de semilibertad. Por lo que se refiere en concreto a la implantación de los sistemas de control electrónico, es más frecuente el uso entre los penados más jóvenes (la media es de 36 años). El periodo de duración del cumplimiento de condena con control electrónico es también más largo respecto a los presos que no se someten a este sistema (291 días de media y 251, respectivamente). Los expertos han detectado asimismo ciertas diferencias estadísticas en cuanto al motivo de aplicación de esta medida, de tal manera que la primera conclusión relevante es que el control telemático responde a un contexto determinado que "lo hace necesario y recomendable". En este sentido, de cuatro categorías --familiar, laboral, médica y otras--, la primera es alegada en el 22,4% de los casos de presos que aceptan el sistema telemático y solo en el 12,1% entre el resto de los penados en régimen abierto. En cambio, en estos últimos, la razón más frecuente es la "necesidad médica" (el 31,5%), mientras que entre los reos controlados telemáticamente este motivo solo responde al 5,6% de los casos. El criterio de razones laborales es el más argumentado en ambos grupos (33,6% que llevan las pulseras telemáticas y 32,4% entre los que no son sometidos a este control). Los cuestionarios han permitido a los expertos observar que tanto la Administración penitenciaria como los propios condenados perciben la aplicación de la monitorización electrónica como un beneficio o una recompensa por la concurrencia de unas circunstancias positivas. La práctica totalidad de los penados encuestados (en concreto, el 96,5%) se muestran partidarios de este método, a pesar de suponer una ingerencia en su vida personal y familiar por la visibilidad de las pulseras, y

Para concluir este apartado hemos de defender que el art. 86.4 RP tiene dos finalidades diferentes. Por un lado, permite modalidades de vida flexibles para internos que requieran un régimen de vida incompatibles con el régimen abierto normal (por razones de enfermedad, familiar o laboral). Por otro lado, el art. 86.4 RP también tiene la finalidad de facilitar la inserción del penado, que bien desde el principio de la ejecución de la pena o por su buena evolución en régimen abierto, muestra buenas perspectivas favorables de inserción social.

Para cerrar este apartado es muy interesante la distribución de internos que tenían aplicado el art. 86.4 RP con medios telemáticos en los diferentes centros de inserción social independientes a fecha 30 de junio de 2012, la media de aplicación es de un 24%, lo que quiere decir que uno de cada cuatro internos en régimen abierto tiene aplicado este tipo de control, llegando en algunos CIS hasta el 33%, lo que representa que 1/3 de los internos tienen este tipo de vida, todo ello indica la gran apuesta que se ha hecho en España por esta forma de cumplimiento de la pena privativa de libertad en medio abierto¹³¹⁰.

destacan sobre todo el hecho de no tener que volver al centro penitenciario para pernoctar. Entre los técnicos penitenciarios la valoración también es muy positiva, destacando el hecho de que este sistema permite el contacto con la familia, la creación de un ritmo horario y sobre todo mayor autonomía. Pero el estudio también apunta que existen algunos problemas técnicos en el uso cotidiano del control electrónico --entre ellos, el tamaño de la pulsera-- que convendría corregir y mejorar en el futuro, a la vez que anima a ampliar el uso de este dispositivo para permitir que los presos se vayan reincorporando poco a poco a su vida cotidiana¹³⁰⁹.

¹³¹⁰ Secretaria General IIPP 30/6/2012

E. INTERVENCIÓN EN MEDIO ABIERTO

1. Introducción

Para finalizar este capítulo consideramos interesante abordar la intervención que se lleva a cabo con los internos que viven en los diferentes tipos de régimen abierto, y para saber cual es actualmente la intervención penitenciaria que se realiza en medio abierto hemos de acudir a los programas diseñados e implementados por la Subdirección General de Medio Abierto de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias en el año 2010 destinados a los internos asignados al régimen abierto.

El impulso y la coordinación de dichas intervenciones se basan en los siguientes principios que emanan del Reglamento Penitenciario:

-Normalización e integración social, proporcionando atención al interno, siempre que sea posible, a través de los servicios generales de la comunidad

-Confianza y atenuación de las medidas de control, sin perjuicio del seguimiento y la evaluación de las actividades

-Responsabilidad de las personas en medio abierto (residentes y con medios telemáticos), tanto en su vida fuera del centro como en el funcionamiento del CIS

-Fomentar la cohesión y la dinámica familiares en los casos convenientes

-Coordinación con recursos comunitarios de reinserción.

El Medio Abierto continúa siendo una modalidad de cumplimiento de condena en la que se precisa un *seguimiento permanente* de los casos, cuyo tratamiento ha de ser

individualizado, diverso y adaptable (más aún si cabe que en medio ordinario).

El cumplimiento en estos regímenes de semilibertad ha de servir para reducir la reincidencia y conseguir la máxima integración social de las personas clasificadas en tercer grado y en segundo con aplicación del principio de flexibilidad del art. 100.2 RP. Pero las medidas no son eficaces si no conllevan una tutela efectiva y un tratamiento adecuado. Es muy difícil mantener y completar los programas en medio abierto si no se realiza una supervisión apropiada.

Hemos de tener presente que el tercer grado constituye uno de los momentos más delicados del cumplimiento de las penas. Es en esta fase final cuando el penado se prepara especialmente para la libertad, cuando tiene la oportunidad de generalizar los aprendizajes previos del tratamiento en régimen ordinario, pero es también cuando se pone en riesgo realmente la reincidencia.

Hay que partir de la evidencia de que las personas bajo supervisión en medio abierto, como ya visto reiteradamente, reinciden menos que las que solo pasan por el medio ordinario tal y como se ha puesto de manifiesto con políticas penitenciarias Europeas y norteamericanas, si se interviene en medio abierto, supervisando la progresiva adaptación del penado a la vida en libertad, fomentando la superación de hábitos y relaciones marginales, abordando con intervenciones estructuradas y sistemáticas los factores de riesgo que inciden en la reincidencia, modificando los estilos de pensamiento que favorecen la delincuencia. Por tanto, el medio abierto es el régimen más *eficaz* para prevenir la reincidencia y favorecer la reinserción de los condenados a penas privativas de libertad que ingresan a cumplir la pena de prisión.

El medio abierto es una oportunidad de tratamiento y un elemento irrenunciable para los fines de rehabilitación y reinserción social (art. 25.2 CE). Según la SGIIPP los índices de “fracaso” (revocación por comisión de nuevo delito) apenas superan el 1%. Y la reincidencia postcondena disminuye significativamente cuando el penado, oportunamente clasificado,

ha pasado por esta fase de ejecución de la pena privativa de libertad.

Por todo lo cual hay que resaltar la especial atención que requiere esta fase de ejecución de la pena privativa de libertad, tanto si los internos se encuentran en la fase final de condenas largas, como si tienen el perfil primario de riesgo bajo y condenas breves, como si son derivaciones a centros especiales o si se trata de un interno en espera de la libertad condicional, etc., *siempre es necesaria la supervisión*. En unos casos porque los factores estresantes, desestabilizadores y de riesgo potencial se van a multiplicar. En otros porque el penado puede desestimar el sentido de la pena, no valorar adecuadamente su situación e incurrir en conductas que le conduzcan a una innecesaria regresión si no se le concede a la intervención la seriedad adecuada. No hay que olvidar que en medio abierto se sigue cumpliendo condena y continúa el tratamiento penitenciario.

La literatura científica coincide en que los tratamientos más eficaces son los que están bien estructurados y los que están centrados en los factores de riesgo. Dada la heterogeneidad de los perfiles que encontramos en los CIS resulta difícil diseñar intervenciones estructuradas y sistematizadas útiles para todos los colectivos. Es labor de los Equipos de tratamiento evaluar a los internos, su situación y el grado de probabilidad de reincidencia. Y, a partir de esta evaluación, se ha de preparar la intervención en tercer grado, en función de los factores de riesgo y de las necesidades de adaptación que se hayan detectado en cada caso. El programa de intervención y tratamiento (PIT) que se establezca ha de guardar continuidad con el del centro de procedencia y deberá contemplar las medidas a cumplir, por ejemplo:

- intervenciones y/o programas de tratamiento concretos,
- presentaciones periódicas
- entrevistas de apoyo/seguimiento y frecuencia de las mismas,

- otras que atiendan a factores de riesgo (no consumir sustancias estupefacientes, no aproximarse a determinados lugares, etc).

En el diseño del PIT se debe acordar cómo se va a realizar el seguimiento e implementación de dichas medidas y qué profesionales e instituciones se responsabilizan de cada aspecto.

Para la ejecución de estas actuaciones los CIS han de asumir las necesarias relaciones con entidades (sociales, jurídicas, psicológicas, sanitarias, educativas) ajenas a la propia institución, asunción imprescindible para conseguir los cometidos encomendados y ofrecer respuestas socializadoras que favorezcan la normalidad social. Es necesario priorizar las intervenciones extrapenitenciarias y en la comunidad. El trabajo de las ONG/EC “dentro” de los centros abiertos supondría repetir el modelo del medio ordinario alargando esa fase en otro espacio. El medio abierto implica un paso más en el tratamiento, un periodo en el que se han de primar las actuaciones en el exterior y con medios externos.

Todas estas intervenciones y programas deberán contemplar los objetivos de tratamiento propuestos para medio abierto y han de ser útiles y significativas. No se trata de intervenir “por intervenir” sino de que cada actuación sea pertinente de cara a la reeducación e inserción social y a la reducción de la reincidencia.

2. Los perfiles de los internos

Los perfiles de penados asignados al régimen abierto son muy variados. Según la propia SGIIP una categorización no exhaustiva de los mismos y necesariamente abierta sería la siguiente:

1. Perfiles de inicio. Normalizados, quizás primarios (o con quebrantamiento o incumplimiento de medidas alternativas), con bajo riesgo de reincidencia y poca peligrosidad, que suelen ser clasificados directamente en tercer grado de tratamiento (generalmente en art. 83 y 86.4). Para ellos el CIS ha de ser un

centro de día y seguimiento. Han de acudir al mismo no sólo para el control con presentaciones periódicas sino para recibir apoyo, consejo y supervisión.

2. *Perfiles de continuidad.* Internos en fase final de condena progresados desde segundo grado. Encontramos varios subtipos:

2.1. *Prisionizados.* Progresados a través del Centro Directivo, tanto con propuesta favorable y unánime de la Junta como sin ella. Presentan arraigados indicadores de prisionización y no tienen suficientemente adquiridas competencias sociales básicas ni practican plenamente un estilo de vida no delincencial. Suelen ser personas clasificadas en art. 82.1 ó 100.2, sin trabajo u otras responsabilidades definidas. La formación y orientación para la búsqueda de empleo constituirá uno de los objetivos para esta población, pero se debe incidir fundamentalmente en el desarrollo y la consolidación de factores que prevengan futuras conductas desviadas y delincuenciales: prevención de recaídas en el consumo, educación en valores, habilidades sociales, estilo de pensamiento prosocial, relaciones afectivas positivas....

2.2. *Perfil de peligrosidad con buena conducta penitenciaria.* Aquellos que han obtenido el tercer grado vía recurso. Internos con delitos de especial gravedad que no cumplen, a criterio de la Junta de Tratamiento, los requisitos necesarios para la progresión. Son personas con un nivel significativo de peligrosidad, que no han realizado un programa específico de tratamiento o que lo han hecho de forma deficiente. En estos casos la gestión del riesgo (art. 82.1) resulta prioritaria, tanto con medidas de control como con intervenciones específicas de tratamiento.

2.3. *Extranjeros desarraigados* sin posibilidades legales de trabajar a largo plazo ni vinculación familiar en España. Las intervenciones con estas personas han de centrarse en conseguir la autorización administrativa para trabajar hasta que finalice la condena (en los casos con poco riesgo de quebrantamiento o evasión) y promover el desempeño de un empleo temporal, ocupación positiva del tiempo libre, desarrollo de valores y

competencia social, seguimiento de la orden de expulsión y acompañamiento en ese trance (proyecto de vida, retorno al país de origen).

2.4. *Art. 182 RP.* Derivación a centros de deshabitación de drogodependencias o a centros educativos especiales. Durante la espera de plaza se ha de abordar la abstinencia y la motivación. Durante la derivación el seguimiento ha de ser efectivo y estar realmente coordinado entre el equipo del centro y el Equipo de tratamiento del CIS.

2.5. *Personas progresadas a efectos de cumplir el periodo de libertad condicional* en el exterior. Residentes más bien pasivos, bien por no tener muchas expectativas a corto plazo, bien por haberse tratado de condenas breves sin desarrollo de conciencia de necesidad de intervención penitenciaria. Como ya dijimos en otro capítulo, las progresiones a tercer grado a los solos efectos de que el interno salga en libertad condicional no se deben producir si el mismo no reúne todos los requisitos establecidos en el art. 90 CP, y entre ellos como lógicamente el pronóstico favorable de no reincidencia delictiva

2.6. *Art. 165 RP.* Internos/as derivados a unidades dependientes, para alcanzar los fines laborales, formativos y tratamentales que estas tengan asignados.

2.7. *Penados por delitos violentos con buena evolución y tratamiento previo.* No suelen tener problemas de inserción laboral, por lo que lo importante es la prevención de recaídas, en el apoyo ante situaciones estresantes y de riesgo y en el fomento de relaciones sociales positivas y la ocupación del tiempo libre sin riesgos.

3. Programas de intervención básicos

La intervención y el tratamiento en medio abierto ha de abordarse de una manera integral dirigidos hacia el fin de la reinserción social y contemplar los factores de riesgo y de protección que influyen en la conducta delictiva.

La meta que se persigue es pues la integración e inserción social del penado, con los siguientes objetivos:

-Potenciar las capacidades de inserción social positiva de los internos y perseguir su integración, facilitando la autonomía y la responsabilidad familiar, social y laboral

-Reducir el riesgo de reincidencia abordando factores específicos de cada caso.

-Que los CIS sean centros de supervisión, acompañamiento, consejo y orientación para todos los internos (pernocten o no en ellos)

-Integración de los internos en los servicios generales de la comunidad

-Fomentar la semilibertad en los casos que no sea posible la integración plena (100.2 y 82.1 RP)

-Continuidad y/o seguimiento de los programas realizados en medio ordinario.

Los programas son actuaciones o intervenciones se dividen, siguiendo la Inst. 9/09, en siete áreas fundamentales, que en medio abierto, se pueden priorizar y resumir en tres: integración social, inserción e integración laboral y programas complementarios relacionados con factores de riesgo concretos: específicos, sanitarios, formativos, educativos, culturales, de sensibilización...

Aunque la prioridad atribuida a la integración social y laboral son las más importantes, no contradice el abordaje de las otras áreas, siempre que no suponga una mecánica de reproducción de lo que ya se ha realizado en medio ordinario. Se deben orientar los contenidos (drogas, conducta agresiva, formación, etc.) hacia la normalización y al afrontamiento de situaciones en libertad.

a) Integración e inserción social

Con esta área de intervención se persigue que los asignados a medio abierto dejen de funcionar como presos y se

desenvuelvan como personas normalizadas. Por tanto, se deben usar los recursos de la comunidad y se ha de fomentar el tratamiento y las derivaciones a/en instituciones y entidades externas. Se trata también de dejar de mantener relaciones sociales marginales, de vivir respetando las normas y la ley penal, de desarrollar capacidad de adaptación. No se busca solo el no volver a delinquir, sino lograr su integración como ciudadanos responsables con valores que les permitan vivir en comunidad y desarrollar sus proyectos personales de vida.

Los objetivos de ésta son:

-Que los internos adquieran y desarrollen las competencias personales básicas para integrarse socialmente como ciudadanos normalizados

-Conocer los recursos comunitarios existentes

-Acompañar, supervisar y orientar al interno de forma dinámica en este proceso

-Fomentar el autoconocimiento personal y la proyección de una imagen favorable de sí mismos

-Modificar actitudes antisociales y estilos de pensamiento delictivos

-Fomentar su autonomía y el dominio de las actividades de la vida diaria

-Formar parte de redes sociales positivas: familia, nuevas amistades

Estos objetivos se tratarán de conseguir primordialmente a través de las siguientes estrategias de intervención:

1.1. Acompañamiento/supervisión individualizados en el proyecto de vida personal, realizando tareas de apoyo y asesoramiento (tutorías), y ofreciendo la ayuda necesaria para favorecer la incorporación progresiva al medio social. Este acompañamiento se completará, cuando proceda, con entrevistas de seguimiento y consejo psicológico, tanto con el interno y como con otros miembros significativos de su red social.

1.2. Programa de tratamiento para la inserción social. La intervención se basa en los fundamentos del *programa de pensamiento prosocial*¹³¹¹ adaptada a un formato breve (no más de seis meses) y ampliándola con otros contenidos pertinentes. Se han de abordar los siguientes aspectos:

- el desarrollo de competencias sociales (incluyendo el autocontrol emocional y de la impulsividad),
- valores y tratamiento socioeducativo para la convivencia en ciudadanía,
- estilos de pensamiento prodelictivos (rigidez cognitiva, externalidad, falta de empatía y perspectiva social, irracionalidad, déficit en resolución de problemas)
- habilidades sociales
- ajuste de expectativas y preparación para la vida en libertad

Se trata de un programa de desarrollo personal que ha demostrado repetidamente su eficacia y aborda de forma muy completa los múltiples factores que influyen en la conducta delictiva.

1.3. Taller de actividades de la vida diaria (AVD), estilo de vida positiva y hábitos saludables. Se pretende fomentar la autonomía de las personas residentes y el dominio de:

- la gestión económica
- el manejo de la vivienda
- alimentación equilibrada y cocina
- higiene y limpieza
- planificación de actividades, distribución del tiempo y agenda
- hábitos saludables

¹³¹¹ GARRIDO GENOVÉS, V.; GÓMEZ PIÑANA, A. y otros autores, *El programa de pensamiento prosocial: Avances recientes*, Valencia., 2001

- disfrutar del ocio y del tiempo libre de manera positiva y sin que implique conductas de riesgo

1.4. Otras intervenciones complementarias, dentro del catálogo de programas de inserción social propuesto en la Inst. 9/09, que pueden desarrollarse son:

- Asesoramiento personal y jurídico.
- Acogida para enfermos de SIDA y otras enfermedades.
- Atención a personas con discapacidad sensorial.
- Atención a personas con discapacidad física.
- Atención socio-educativa de niños.
- Justicia restaurativa: conciencia y reparación del daño
- Apoyo familiar
- Pisos de acogida para permisos, libertad condicional y definitiva.

b) Inserción e integración laboral

Estas intervenciones han de ser realmente intensivas, puesto los penados son un colectivo en riesgo de exclusión social que va a ser uno de los máximos perjudicados ante los niveles actuales de desempleo.

Las fases para alcanzar la integración laboral fueron propuestas por la Unión Europea hace más de diez años y son tres:

- formación,
- orientación y búsqueda de empleo, y
- acompañamiento a la inserción.

Las actuaciones para alcanzar para los objetivos planteados son:

- Adquisición de habilidades, conocimientos y estrategias para la inmersión en el mercado laboral

- Incrementar el nivel de empleabilidad de los internos
- Inserción laboral del interno/residente
- Mantenimiento del empleo
- Acompañamiento dinámico en ese proceso de inserción laboral

1º Formación para el empleo

Se debe tender siempre que sea posible a la formación en el exterior: en el INEM, en las acciones formativas de los sindicatos, en instituciones que prioricen a colectivos en riesgo de exclusión; intentando promover la formación externa, de calidad, homologada y adaptada a los nuevos yacimientos de empleo (nuevas tecnologías, energías renovables, atención geriátrica, nuevos medios de transporte, seguridad, empresariales, riesgo, etc.)

2º Orientación y búsqueda

La orientación hacia el empleo es crucial. Hay que enfocar al interno en los cada vez más complejos caminos del mercado laboral. La intervención se debe centrar en las siguientes áreas:

1ª. Conocimiento del medio laboral:

- Contratos, normas, políticas de empleo
- Tendencias actuales del mercado de trabajo
- Cualidades y habilidades personales y profesionales exigidas

2ª. Autoconocimiento personal:

- Formación, actitudes y aptitudes
- Habilidades, hábitos, responsabilidad
- Ajuste realista de las expectativas

-Resistencia a la frustración

3ª. Búsqueda activa de empleo:

-Instrumentos y canales para el acceso al mercado, a través de orientadores laborales, trabajadores sociales, coordinadores CIS, etc.

4ª. Casos especiales: inmigrantes sin permiso.

Para tratar de conseguir los objetivos hay que contar con:

-el programa de orientación sociolaboral (OATPFE)

-otros programas externos

-intervención individualizada

-intervención en grupo con personal del CIS.

3º Acompañamiento a la inserción laboral

El acompañamiento a la inserción laboral se realiza fundamentalmente través de:

-OATPFE (Organismo Autónomo y Formación para el Empleo)

-Programas de Acompañamiento individualizado a la inserción a través de empresas (programa SAL)

-Convenio con la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo (acompañamiento a la inserción)

-Servicios de empleo autonómicos e INEM

-ONG/EC

-Otras instituciones

-Seguimiento por los coordinadores laborales del CIS

La intervención en inserción laboral ha de incluir:

-Acompañamiento y apoyo en la adaptación al puesto de trabajo y supervisión en el desempeño y la integración laboral plena (atención individualizada)¹³¹².

-Sensibilización empresarial

F. PROGRAMAS ESPECÍFICOS

Los programas específicos de intervención son los indicados en la Inst. 9/2009 y se refieren a intervenciones estructuradas sobre colectivos concretos. Estos programas quizá habrán sido desarrollados en medio ordinario, por tanto, en régimen abierto, la intervención ha de consistir en un seguimiento individualizado de los casos, haciendo especial hincapié en la prevención de recaídas (sea en el consumo sea en la conducta delictiva) y en la adaptación al medio (con especial seguimiento).

1. Condenados por violencia de género. Pueden participar en el programa de intervención para agresores de violencia de género. Este programa aborda aspectos esenciales como la asunción de la responsabilidad, la empatía con la víctima y la transformación de creencias y estereotipos, todo ello desde una

¹³¹² 25/06/2012 <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/Noticias>

Un grupo de internos del centro de inserción de Granda ha participado en los últimos meses en talleres de formación, tanto teóricos como prácticos, sobre cocina, catering, carpintería y mueble a través del programa Reincorpora de la Obra Social 'la Caixa', la Asociación Arca Empleo y el Instituto Municipal de Formación y Empleo.

El objetivo que persigue el programa de becas 'Reincorpora' consiste en facilitar la reinserción sociolaboral y favorecer los servicios solidarios, siendo pilares fundamentales la formación y la capacitación profesional. Con los servicios solidarios se quiere revertir a la sociedad el trabajo de estos internos cubriendo necesidades más inmediatas. De este modo, el programa fomenta competencias, habilidades y valores, al mismo tiempo que promueve la participación social y el compromiso cívico.

Una vez que han concluido los cursos, los internos van a ser derivados al programa Incorpora, a través del cual se les intenta facilitar un trabajo.

perspectiva de género. Tiene una duración de un año, distribuido en 45 sesiones y se realiza en formato de terapia de grupo.

Si la persona condenada no hubiera realizado el programa de tratamiento¹³¹³ en segundo grado, habrá de realizarse la intervención en este momento, bien con un grupo abierto que se cree en el CIS, bien derivando a los agresores a recursos externos para su tratamiento individual o en grupo; bien (y sólo excepcionalmente) continuando el tratamiento en medio ordinario si procede de un programa iniciado; cosa que no nos parece adecuado puesto que esto supone que el interno debe pasar al interior de una prisión a realizar el programa lo cual puede dar lugar a problemas con otros internos, entrada de drogas, etc. Por lo consideramos más adecuado la derivación a los psicólogos de medio abierto de intervención en violencia de género de la SGIIPP.

2. *Condenados por delitos contra la libertad sexual.* Deben ser remitidos a entidades externas dedicadas al tratamiento y la reinserción de este tipo de penados o ha de hacerse el tratamiento en los CIS, insistiendo en la prevención de recaídas y siguiendo el programa control de la agresión sexual¹³¹⁴ (CAS)

3. *Adicciones sin sustancia tóxica* (ludopatía, ciberadicción, etc.) Tratamiento individual o derivar a recursos externos.

4. *Discapacitados.* Derivación a los servicios sociales pertinentes, insistiendo en la evaluación de la discapacidad y la posible valoración de dependencia para que se establezca el protocolo de intervención adecuado.

¹³¹³ VVAA. “Violencia de género. Programa de intervención para agresores (PRIA)”. SGIIPP. Madrid. 2010

¹³¹⁴ BENEYTO ARROJO, M^a J. y GARRIDO GENOVÉS, V., *El control de la agresión sexual*, Valencia, 1995

G. PROGRAMAS SANITARIOS

La atención a drogodependientes (adicciones con sustancia tóxica, incluido alcohol y tabaco), siguiendo la Inst.9/2009, se divide en los siguientes tipos de intervenciones

- Atención a las drogodependencias
- Atención a enfermos de SIDA y otras patologías prevalentes
- Atención a enfermos mentales
- Programas de apoyo psicológico
- Programas de trastornos de la conducta alimentaria.

La atención debe realizarse desde los recursos comunitarios, sin desatender el seguimiento de aquellas personas clasificadas en tercer grado art. 182 RP y dando apoyo concreto en los casos que lo precisen. A los internos que lo requieran, se les debe motivar a seguir el tratamiento oportuno, a adoptar hábitos de vida saludable y a prevenir recaídas en el consumo de tóxicos.

Se organizarán, dirigirán y potenciarán actividades tendentes al mantenimiento de la salud y la higiene en el medio penitenciario, recordando que los CIS pueden funcionar como Módulos de Respeto¹³¹⁵ (MdR) y los propios residentes pueden: configurar equipos de mediación de salud, trabajar en grupos coordinados de limpieza, realizar de manera compartida y organizada otras tareas de mantenimiento básico de las instalaciones y de la dinámica diaria, etc.

H. PROGRAMAS COMPLEMENTARIOS

Las actuaciones complementarias en el interior de los CIS sólo adquieren su sentido durante los fines de semana en los que haya suficiente población ingresada, o a diario si existiese un

¹³¹⁵ VVAA. “Programa de intervención en Módulos de Respeto (MdR), Secretaria General de Instituciones Penitenciarias, Madrid, 2010

elevado porcentaje de penados clasificados en art. 82 RP. Volvemos a recordar que en el medio abierto subyace el principio de responsabilidad y los residentes pueden funcionar en grupos de trabajo como los de los MdR para el desarrollo de las siguientes tareas:

- Programas de prevención en el área biopsicosocial
- Programas formativos¹³¹⁶
- Programas culturales
- Programas deportivos
- Programas con actividades lúdicas, de ocio y ocupación del tiempo libre
- Programas de sensibilización y comunicación.

I. MODELO BÁSICO DE INTERVENCIÓN

En los CIS toda intervención estructurada ha de plantearse estableciendo un *Programa completo*¹³¹⁷ que abarque las diversas áreas de intervención anteriormente citadas. Los apartados a desarrollar son:

- Título y categoría del programa según el catálogo propuesto en la I 9/2009.
- Objetivos de la intervención.

¹³¹⁶ Algunos programas concretos que han de ser necesariamente desarrollados por personal técnico y profesional. Por ejemplo, la Educación Vial se llevará a cabo por personal cualificado preferentemente en el exterior y, de no ser posible, se realizará en los CIS siguiendo el programa propuesto por la Subdirección General de Coordinación Territorial y Medidas Alternativas.

¹³¹⁷ El documento *Programa Completo adaptado.doc* contiene el modelo para las intervenciones realizadas por personal de los CIS y el *Programa completo.doc* el de los programas implementados por las ONG/EC, pero son básicamente similares.

-Población de destino y criterios de selección y exclusión

-Contenidos: unidades y sesiones

-Recursos materiales y humanos: quién lo desarrolla y con qué medios.

Las intervenciones individualizadas, aunque no sean estructuradas, han de ser sistemáticas y garantizar su funcionalidad y pertinencia y perseguir unos objetivos claramente detectados. También serán objeto de evaluación de periódica, por ello de todas estas intervenciones se debe enviar a la SGIIPP unos registros trimestrales para el seguimiento de los programas estructurados y un registro mensual para el de los acompañamientos individuales.

CAPÍTULO VIII: EL RÉGIMEN ABIERTO EN EL DERECHO COMPARADO

A. NORMAS INTERNACIONALES

Antes de entrar en el estudio individualizado de cada país consideramos conveniente analizar las normas internacionales que afectan al derecho penitenciario, y especialmente al régimen abierto

Desde finales de la Segunda Guerra Mundial, tras la creación de instrumentos internacionales y supranacionales para la ejecución de la pena privativa de libertad, los estados se vieron en la necesidad de incorporar, cuanto menos, algunas previsiones en este sentido. Nos referimos, por supuesto, a los instrumentos derivados de las comisiones en derechos humanos (ONU, Consejo de Europa). Pero la idea de elaborar unas reglas internacionales para el tratamiento de las personas privadas de libertad, en el contexto de las corrientes reformistas de finales del siglo XIX y principios del XX, procede de 1925, en que Maurice Waller, Director de Prisiones de Inglaterra y Gales, así lo propuso a la Comisión Penitenciaria Internacional (luego, Comisión Internacional Penal y Penitenciaria). Desarrollando los criterios ya establecidos por los Congresos Penitenciarios Internacionales, la Comisión aprobó en 1929 una primera versión de un Conjunto de reglas para el tratamiento de los presos, tendente a *“indicar las condiciones mínimas que desde el punto de vista humanitario y social deben reunir el tratamiento de los reclusos”*. Reelaboradas en 1933, teniendo en cuenta las observaciones recibidas de numerosos países, las reglas fueron aprobadas por la XV Asamblea de la Sociedad de Naciones, el 26 de septiembre de 1934, y recomendadas a los Gobiernos de los estados miembros, a fin de que adaptaran su régimen penitenciario a las mismas.

En 1949, considerando que *“los progresos realizados por el pensamiento y la práctica en el campo de la Administración penitenciaria”*, durante los 20 años transcurridos desde la redacción de la primera versión de las reglas, hacían necesaria una revisión de las mismas, la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria, de una parte, y las Naciones Unidas, de otra, coincidieron en el proyecto de proceder inmediatamente a dicha revisión. La Comisión finalizó la redacción del nuevo Proyecto de conjunto de reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos el 6 de julio de 1951 y se disolvió el 1 de octubre del mismo año. Tras una dilatada labor de estudio en los Grupos regionales consultivos y en Seminarios o Ciclos de Estudios, las Reglas Mínimas fueron aprobadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas en materia de Prevención y Tratamiento del Delincuente en Ginebra el 30 de agosto de 1955.

Por su parte, el Consejo de Europa (creado por Acuerdo de 5 de mayo de 1949) procedió por medio de su Comité Europeo de Problemas Criminales, y a partir de 1967, un reexamen completo de las Reglas Mínimas, teniendo en cuenta los cambios producidos en el marco europeo y en las ideas sobre el tratamiento del delincuente desde 1955, *“contemplando la posibilidad de que los Estados miembros pudieran encontrar un denominador común más amplio y liberal que el admitido hasta ese momento a escala mundial”*. El texto revisado de las Reglas Mínimas fue adoptado por el Comité de Ministros, por Resolución (73) 5, de 19 de enero de 1973, y recomendado a los Gobiernos de los Estados miembros para que, en su legislación y en su práctica, se inspiren en los principios expuestos en dicho Conjunto de Reglas Mínimas, elevando informes sobre el particular, cada cinco años, al Secretario General del Consejo de Europa.

En la misma dirección, el Comité de Ministros Europeos en el marco del Consejo de Europa aprobó en enero de 1973 las Reglas Penitenciarias Europeas, reformadas en 1987, con la finalidad clara de reforzar el respeto por los Derechos humanos de los reclusos y reforzar el cumplimiento del principio de legalidad en la ejecución penitenciaria.

En ambos textos queda perfectamente marcado que la finalidad última es la reconsideración del recluso como sujeto perteneciente a la sociedad, titular de derechos que no pierden su virtualidad por la sujeción a la que se ve sometido, así como la adquisición de otros que nacen, precisamente, de dicha sujeción a la relación penitenciaria básicamente, el derecho al tratamiento penitenciario (regla 58 CUN-regla 64 de la europea).

Respecto al tratamiento las Reglas Mínimas indican en la regla 65 que *“El tratamiento de los condenados a una pena o medida privativa de libertad debe tener por objeto, en tanto que la duración de la condena lo permita, inculcarles la voluntad de vivir conforme a la ley, mantenerse con el producto de su trabajo, y crear en ellos la aptitud para hacerlo. Dicho tratamiento estará encaminado a fomentar en ellos el respeto de sí mismos y desarrollar el sentido de responsabilidad”*.

La influencia de estas normas comenzaron a crear un clima favorable para el desarrollo de los Derechos fundamentales de los reclusos, propiciando un proceso de revisión de los sistemas penitenciarios que recogieron este nuevo estatus de las personas privadas de libertad dotándolas de un conjunto de derechos y deberes dando lugar a lo que actualmente se denomina el estatus jurídico del interno, que regula la relación jurídica entre el penado y la Administración penitenciaria.

1. Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos

En 1945, cincuenta y un Estados firmaron la Carta de las Naciones Unidas que en su preámbulo reafirmaba: “la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de los derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas” y, destaca el art. 1, inciso 3), de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el *“respeto a estos derechos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”*. Su art. 2 establece

que los derechos proclamados en esta Declaración afectan a toda persona, lo que incluye a las personas en prisión las cuales están privadas únicamente de libertad debiendo de gozar de todos los demás derechos; y que *“nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni encerrado”* (art. 9) derecho que queda concretado más específicamente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 1966 que en su art. 9 prohíbe la prisión arbitraria. En lo que respecta a las penas privativas de libertad el PIDCP se pronuncia sobre la reinserción social como finalidad de la pena, por lo que dispone: *“el régimen penitenciario consistirá en el tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”*(art. 10.3). Pero el mayor interés respecto de las personas reclusas en prisión, comenzó con las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos (RMTR). Estas normas fueron adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

Estas Reglas Mínimas constan de observaciones preliminares y dos partes con 94 reglas. Según la 1ª de estas reglas el objeto de las mismas *“no es describir en forma detallada un sistema penitenciario modelo, sino únicamente establecer, inspirándose en conceptos generalmente admitidos en nuestro tiempo 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”*.

En su 2ª regla, con realismo, se reconoce que es evidente que debido a la gran variedad de condiciones jurídicas, sociales, económicas y geográficas existentes en el mundo, no se pueden aplicar indistintamente todas las reglas en todas partes y en todo tiempo. Sin embargo, deberán servir para estimular el esfuerzo constante por vencer las dificultades prácticas que se oponen a su aplicación, en vista de que representan en su conjunto las condiciones mínimas admitidas por las Naciones Unidas.

La prisión cuyo efecto es separar a un delincuente del mundo exterior es aflictiva por el hecho mismo de que despoja al individuo de su derecho a disponer de su persona al privarle de su libertad. Por lo tanto, a reserva de las mediadas de separación justificadas o del mantenimiento de la disciplina, el sistema penitenciario no debe agravar los sufrimientos inherentes a tal situación (regla 56).

La regla 58 establece que el fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son proteger a la sociedad contra el crimen. Sólo se alcanzará este fin si se aprovecha el periodo de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo. Para su consecución el régimen penitenciario debe emplear, tratando de aplicarlos conforme a las necesidades del tratamiento individual de los delincuentes, todos los medios curativos, educativos, morales, espirituales y de otra naturaleza, y todas las formas de asistencia de que puede disponer (regla 59). La regla 65 preceptúa que el tratamiento de los condenados a una pena o medida privativa de libertad debe tener por objeto inculcarles la voluntad de vivir conforme a la ley, mantenerse con el producto de su trabajo, y crear en ellos la aptitud para hacerlo. Dicho tratamiento estará encaminado a fomentar en ellos el respeto de sí mismos y desarrollar el sentido de responsabilidad. Y para lograr este fin, se deberá recurrir, entre otros métodos *“a la instrucción, a la orientación y la formación profesionales, a los métodos de asistencia social individual, al asesoramiento relativo al empleo, al desarrollo físico y a la educación del carácter moral, en conformidad con las necesidades individuales de cada recluso...”* (regla 66). Para la futura readaptación del penado se le debe prestar la oportuna asistencia (regla 80). En el tratamiento no se deberá recalcar el hecho de la exclusión de los reclusos de la sociedad, sino, por el contrario, el hecho de que continúan formando parte de ella (regla 61).

Respecto al régimen penitenciario la regla 60.1 establece que éste debe tratar de reducir las diferencias que puedan existir entre la vida en prisión y la vida libre en cuanto éstas

contribuyan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a la dignidad de su persona. Seguidamente se establece que *es conveniente que, antes del término de la ejecución de una pena o medida, se adopten los medios necesarios para asegurar al recluso un retorno progresivo a la vida en sociedad*. Este propósito puede alcanzarse, según los casos, con un régimen preparatorio para la liberación, organizado dentro del mismo establecimiento o en otra institución apropiada, o mediante una liberación condicional, bajo una vigilancia que no deberá ser confiada a la policía, sino que comprenderá una asistencia social eficaz.

La regla 63 se refiere a *la individualización del tratamiento* que, a su vez, requiere un sistema flexible de clasificación en grupos de los reclusos. Por lo tanto, conviene que los grupos sean distribuidos en establecimientos distintos donde cada grupo pueda recibir el tratamiento necesario. Dichos establecimientos no deben adoptar las mismas medidas de seguridad con respecto a todos los grupos. Convendrá establecer diversos grados de seguridad conforme a la que sea necesaria para cada uno de los diferentes grupos. Respecto a los *establecimientos abiertos* indican que son aquellos en los que no existen medios de seguridad física contra la evasión, y en los que se confía en la autodisciplina de los reclusos, por lo cual reclusos destinados a los mismos han de ser cuidadosamente elegidos en las condiciones más favorables para su readaptación: se deberá tener en cuenta su pasado social y criminal, su capacidad y aptitud físicas y mentales, sus disposiciones personales, la duración de su condena y las perspectivas después de su liberación.

La regla 67 determina que los fines de la clasificación deberán ser:

a) Separar a los reclusos que, por su pasado criminal o su mala disposición, ejercerían una influencia nociva sobre los compañeros de detención

b) Repartir a los reclusos en grupos, a fin de facilitar el tratamiento encaminado a su readaptación social.

Cuando ingrese en un establecimiento un condenado a una pena o medida de cierta duración, y después de un estudio de su personalidad, se establecerá un programa de tratamiento individual, teniendo en cuenta los datos obtenidos sobre sus necesidades individuales, su capacidad y sus inclinaciones (regla 69).

En cada establecimiento se instituirá un sistema de privilegios adaptado a los diferentes grupos de reclusos y a los diferentes métodos de tratamiento, a fin de alentar la buena conducta, desarrollar el sentido de responsabilidad y promover el interés y la cooperación de los reclusos en lo que atañe su tratamiento (regla 70).

Pero el deber de la sociedad no termina con la liberación del recluso, se deberá disponer, por consiguiente, de los servicios de organismos gubernamentales o privados capaces de prestar al recluso puesto en libertad una ayuda postpenitenciaria eficaz que tienda a disminuir los prejuicios hacia él y le permitan readaptarse a la comunidad (regla 64).

2. Las Reglas Penitenciarias Europeas

El objetivo de que los países miembros del Consejo de Europa deben disponer de principios penológicos comunes se fundamenta en dos razones. En primer lugar, en la consideración que la cuestión del castigo afecta directamente a los derechos humanos (valga como ejemplo la prohibición de la tortura y de penas o tratamientos inhumanos o degradantes establecida en el art. 3 CEDH) y en segundo lugar, en la idea que la cooperación entre estados requiere de una aproximación de las legislaciones.

La cooperación entre estados se refiere, fundamentalmente, a la cuestión de que una medida cautelar o una pena (pena alternativa o prisión) impuesta en un estado pueda ser ejecutada en otro estado cuando la persona a quien se le ha impuesto reside en este segundo estado. A través del reconocimiento mutuo se busca garantizar el principio de reinserción que deben perseguir las sanciones penales, posibilitando que la persona cumpla su sanción sin ser separado

de su contexto social (sanción alternativa) o con la mayor cercanía posible a este contexto (prisión). La idea de cooperación entre estados como fuente de la armonización de las legislaciones, se ha reforzado en los últimos años, en el contexto de la Unión Europea, a partir del Consejo de Tampere de octubre de 1999. El Consejo de la Unión Europea ha dictado diversas Decisiones Marco relativas al reconocimiento mutuo de penas de multa (Decisión Marco 2005/214/JHA, 24 febrero 2005), de penas privativas de libertad (Decisión Marco 2008/909/JHA, 27 noviembre 2008), de sanciones alternativas a la prisión (Decisión Marco 2008/947/JHA, 27 noviembre 2008) y de sanciones alternativas a la prisión preventiva (Decisión Marco 2009/829/JHA, de 23 de octubre 2009)¹³¹⁸.

La armonización de las legislaciones europeas en materia penológica —un objetivo que se deriva tanto del Consejo de Europa como de la Unión Europea— parece lógico que deba basarse en lo que se ha denominado la política criminal europea¹³¹⁹, puesto que esta política supone un desarrollo de los derechos humanos en el ámbito de las sanciones penales.

Las recomendaciones en materia penitenciaria emanadas desde el Consejo de Europa (*European Prison Rules*) no son sino una recomendación y no un instrumento normativo de obligado cumplimiento, cuya conculcación pueda ser denunciada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Estas recomendaciones han dotado a los estados europeos de un instrumento comprensivo de reforma, adaptado en cada momento a las demandas de los convenios internacionales en materia de derechos humanos que, con especificidad creciente, se han venido creando y suscribiendo después de la segunda

¹³¹⁸ CID MOLINE, J., “La política criminal europea en material de sanciones alternativas a la prisión y la realidad española: una brecha que debe superarse”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXX. Octubre, 2010, págs. 58-59

¹³¹⁹ VAN ZYK SMIT, D. y SNACKEN, S., “Principles of European Prison Law and Polycy and Human Rights”, *Oxford University Press*, 2009.

guerra mundial hasta nuestros días. Estas normas no están sólo para reglamentar la realidad sino para estimular sus cambios¹³²⁰.

En el seno del Consejo de Europa se constituyó, en 1957, un Comité de Expertos en materia de prevención del delito y tratamiento del delincuente, el cual, a partir del año siguiente, adoptó la denominación de Comisión Europea de Problemas Criminales. Esta Comisión intentó armonizar, entre las diversas legislaciones nacionales, aquellos sectores del Derecho penal y penitenciario que fuesen susceptibles de una regulación regional.

En 1967, en el seno de la Comisión Europea de Problemas Criminales, de la Subcomisión VII, se le atribuyó la misión específica de proceder a un examen completo del texto de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de la Naciones Unidas. Tras ocho reuniones celebradas entre 1968 y 1972, la Subcomisión VIII finalizó la tarea encomendada presentando el texto revisado de las Reglas Mínimas a la Primera Conferencia de Directores de las Administraciones Penitenciarias de los Estados miembros en el mes de febrero de 1972¹³²¹.

Las Reglas Europeas fueron adoptadas por el Comité de Ministros, por Resolución (73) 5, de 19 de enero de 1973, recomendando a los Gobiernos de los Estados miembros para que, en su legislación y en su práctica, se inspiren en los principios expuestos en este conjunto de reglas mínimas. Carentes de eficacia obligatoria directa frente en Derecho internacional, tienen sin embargo un elevado valor moral y deontológico para los Estados¹³²². Asimismo se aprobó que cada

1 TÉLLEZ AGUILERA, A., *Las nuevas reglas penitenciarias europeas del Consejo de Europa*, Madrid, 2006, pág. 8

¹³²¹ RIVERA BEIRAS, I., *La cuestión carcelaria*, Buenos Aires, 2009, pág. 241

¹³²² BUENO ARÚS, F., “Las Reglas Penitenciarias Europeas de 1987”, *Revista de Estudios Penitenciarios* N° 238, Madrid, 1987, pág. 12

cinco años se elevasen informes al secretario general del Consejo de Europa entorno a su aplicación.

Por recomendación 914 (de 1981), la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa señaló la necesidad de proceder a una nueva revisión de las Reglas Mínimas “*teniendo en cuenta el material acumulado en las respuestas a los informes quinquenales*”. Las Reglas Europeas se reformaron con la finalidad potenciar el respeto de los Derechos humanos de los reclusos y reforzar el cumplimiento del principio de legalidad en la ejecución penitenciaria. Los cambios introducidos se inspiraron en los siguientes motivos básicos¹³²³:

-Reforzar el respeto de los derechos humanos de los reclusos y asegurar la vigencia del principio de legalidad de la ejecución.

-Recoger los nuevos métodos de tratamiento

-Incorporar procedimientos resultantes de las nuevas tecnologías.

En el preámbulo de estas reglas se manifiesta que uno de los fines de las mismas es establecer un conjunto de reglas mínimas esenciales para asegurar condiciones humanas de reclusión y un tratamiento positivo en el marco de un sistema moderno y progresivo.

Los principios fundamentales se recogen en las seis primeras reglas: respeto a la dignidad humana, principio de no discriminación, libertad religiosa y moral, finalidad de reinserción social (en el sentido de vivir en la legalidad y subvenir a su propias necesidades después de salir de prisión), respeto de los derechos individuales de los internos y principio de legalidad en la ejecución de las penas. Como medida de garantía se establece que la inspección regular de los establecimientos penitenciarios, para comprobar que los mismos se rigen por las leyes y reglamentos vigentes y por las presentes

¹³²³ GARCÍA BASALO. “Las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos del Consejo de Europa”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, Madrid, 1977, págs. 216-219

reglas, debe llevarse a cabo un control judicial o por una autoridad penitenciaria. Estos principios ya figuraban en las Reglas de 1973.

Las Reglas de 1987 también hacen referencia a la distribución y clasificación de los internos, que debe servir para facilitar la eficacia del tratamiento. Los contactos con el mundo exterior se consideran “*esenciales para los objetivos de los sistemas penitenciarios modernos y progresistas, preocupados de atenuar los efectos del internamiento y de agotar las oportunidades de reinserción social*”. Las principales novedades en este punto son el énfasis puesto en dar igualdad de oportunidades a los internos extranjeros y la necesidad de permisos de salida (regla 43.) en establecimientos cerrados y abiertos¹³²⁴.

El tratamiento se concibe en las reglas 66 y 67 en el sentido más amplio y global¹³²⁵, que “*debe ser de naturaleza que sirva para alentar el respeto de sí mismos y desarrollar su sentido de responsabilidad*” (regla 66 in fine) y deben utilizarse cualesquiera medidas tomadas para conservar o recuperar la salud física y mental de los internos, facilitar su reinserción social y mejorar las condiciones generales de reclusión.

Las reglas de 1987 también concibieron el tratamiento, al igual que las anteriores, en sentido amplio como ofrecimientos a los internos de la posibilidad de incrementar sus posibilidades de reinserción en la sociedad después de su liberación” (regla 65.d). Para ello deberían estar disponibles y utilizables todos los medios curativos, educativos, morales espirituales y todos los demás medios adecuados para responder a las necesidades del tratamiento personalizado de los internos. Por tanto, habría que prever: a) una ayuda y una asistencia espirituales y la posibilidad de trabajar, beneficiarse de una orientación y una formación profesionales, hacer estudios, practicar ejercicios

¹³²⁴ BUENO ARÚS, F., “Las Reglas...”, *op. cit.*, pág. 14

¹³²⁵ ARANDA CARBONELL, M^a J., *Reeducación y reinserción social y Tratamiento Penitenciario. Análisis teórico y aproximación práctica*, Madrid, 2007, pág. 49

físicos, aprender a vivir en sociedad, ser aconsejado, dedicarse a actividades de grupo y a actividades recreativas (regla 66). La educación física, el ejercicio, los deportes y las actividades recreativas son contempladas como necesarias y deben de “incluirse en el marco del sistema de tratamiento y de formación” (regla 84). Esta concepción del tratamiento tiene como finalidad “*reducir al mínimo los efectos perjudiciales de la reclusión y las diferencias entre la vida en prisión y la vida en libertad*” (regla 65).

Las condiciones para el éxito del tratamiento radican en la voluntad de los propios internos, el grado de cooperación entre la prisión y la sociedad exterior¹³²⁶, en el modo de inculcar a los reclusos actitudes y competencias que les permitan llevar una vida normal en el exterior, en la participación de los internos en la vida familiar y comunitaria, y en la integración o asociación de los servicios exteriores a la gestión y régimen del establecimiento.

El tratamiento debe ser individualizado o personalizado (regla 67.1) y programado (regla 68), con la participación de los propios interesados (regla 69.2). Por tanto, todos los medios curativos, educativos, morales, espirituales y otros deben ser utilizados en función del tratamiento personalizado, en particular: asistencia espiritual, trabajo, formación profesional, estudios, ejercicios físicos, vida en comunidad, actividades recreativas, contactos con el mundo exterior, y relaciones positivas con los funcionarios (regla 66). Es fundamental tener en cuenta partir del principio que los internos no están excluidos de la sociedad, sino que continúan formando parte de la misma (regla 70.1); por ello “*es preciso esforzarse por colocar a los internos en establecimientos abiertos o bien en ofrecerles amplias posibilidades de contacto con la comunidad exterior*” (regla 67.3). Se concede una especial importancia a los permisos de salida que deberían ser concedidos lo más ampliamente posible, y de los cuales no ha de excluirse a los extranjeros por razón de su nacionalidad (regla 70.2. y 3).

¹³²⁶ RIVERA BEIRAS, I., *La cuestión...*, *op. cit.*, pág. 243

El régimen preparatorio para la liberación conecta, sin solución de continuidad, con el régimen de internamiento, constituyendo una consecuencia especialmente importante de la filosofía de la reinserción social. Las reglas 87 a 89 se refieren a este propósito, a la necesidad de instrucciones o cursos especiales para preparar la vuelta a la sociedad, a la libertad condicional bajo control y a la asistencia social postpenitenciaria, a cargo de servicios sociales y organismos *ad hoc*, con la cooperación de funcionarios penitenciarios y colaboradores voluntarios.

Bueno Arús destaca que estas normas de 1987, con respecto a las normas anteriores, siguieron adelante con la insistencia en el tratamiento y la finalidad resocializadora de la pena, y desde esta perspectiva se enfoca todos los aspectos del régimen y del sistema penitenciario. Por lo tanto, la filosofía del tratamiento no había sido vencida y seguía presente¹³²⁷. Por otro lado, estas normas se preocuparon de la potenciación activa y creciente de la sociedad libre, incluso remitiendo al penado a instituciones exteriores en materia sanitaria, de instrucción y trabajo, para conseguir la inserción del mismo en la sociedad desde el principio.

En el año 2004 comenzó el proceso de revisión de las Reglas de 1987. El Comité de Ministros el 11 de enero de 2006 aprobó las nuevas Reglas Penitenciarias Europeas, son 100 reglas distribuidas en 9 Títulos.

El Título Primero incluye los “Principios Fundamentales” (reglas 1 a 13). Entre los que destaca el principio de reinserción social. Esta nueva formulación de los fines preventivo especiales en el ámbito de la ejecución de la pena arranca de las críticas y el fracaso de las pretensiones resocializadoras, más ambiciosas y que a la postre ha servido sobre todo como un poderoso instrumento legitimante de la prisión (...). El sistema penitenciario no puede pretender, ni es tampoco su misión hacer buenos a los hombres, pero sí puede, en cambio, tratar de conocer cuales son aquellas carencias y ofrecerle al condenado

¹³²⁷ BUENO ARÚS, F., “Las Reglas...”, *op. cit.*, pág. 16

unos recursos y unos servicios de los que se pueda valer para superarlos. En cierta forma se propone que las terapias resocializadoras y la psicología sean desplazadas por la oferta de los servicios sociales y la sociología. No debe, pues, extrañarnos, que los responsables de su redacción no hagan mención en ningún momento a la resocialización o la reeducación. La Regla 2 de la anterior redacción –con rango de principio básico- ha quedado relegada a un objetivo del régimen, es decir, de las actividades personales que se programan en relación con el condenado. Por eso “*cada detención debe ser de una manera que facilite la reintegración en la sociedad libre de las personas privadas de libertad*” (regla 6)¹³²⁸.

El principio de “*Normalización social*” de la vida de los reclusos, en el intento de construir unas relaciones fluidas entre la sociedad y la cárcel, junto a la orientación reinsertadora de la privación de libertad. La regla 5 establece que “*La vida en prisión se adapte lo más posible a los aspectos positivos de la vida en el exterior de la prisión*”. La prisión no debe aumentar el castigo del penado más allá de la libertad ambulatoria. Además para asegurar esta normalización social es necesario potenciar las relaciones familiares y sociales, haciéndolas más fluidas, permitiendo la salida del penado y la entrada de la sociedad a la prisión. La Administración penitenciaria está obligada a diseñar un modelo regimental en el que se inserten de forma natural un extenso y variado programa de contactos con el exterior que asegure a todos los internos la posibilidad de acceder a ellos. Estas reglas dejan claro que los posibles conflictos que puedan darse entre las metas resocializadoras y las de aseguramiento y seguridad deben resolverse valorando preferentemente aquellas.

También se recoge el principio de legalidad y reserva de ley, y se pretende una regulación uniforme de las distintas modalidades que puede revestir la privación de libertad (no sólo

¹³²⁸ MAPELLI CAFFARENA, B. “Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, REPC 08-r1 2006, pág. 4, consultada 15-6-2010

penitenciaria)¹³²⁹ sin que disposiciones de rango inferior restrinjan los derechos de los penados, debiendo de haber un control ejercido por una autoridad independiente sin recomendar que el mismo sea un órgano judicial. Desde nuestro punto de vista es más conveniente que haya un control judicial, puesto que a este poder le corresponde ejecutar las sentencias y controlar que el Estado y los particulares actúen conforme al Derecho.

El Título Segundo recoge las “Condiciones del internamiento” (reglas 14 a 38). Regula con mayor precisión que las anteriores las condiciones de la detención. Por primera vez, de modo explícito, se regula el derecho de defensa durante la ejecución penitenciaria ampliamente demandada en las últimas décadas. También se establece el pleno reconocimiento de los derechos políticos de los presos, en especial el relativo al derecho al sufragio activo¹³³⁰. Las normas relativas al trabajo, el régimen penitenciario, la educación, la libertad religiosa, el derecho a la información, y, en especial, las condiciones de los traslados entre las cárceles. Especial mención merece el tratamiento durante la privación de libertad de las mujeres, menores, extranjeros y minorías étnicas o lingüísticas. La separación de los internos (por sexo, edad, preventivos, penados, etc.) pasa a ser más flexible que en las reglas anteriores, dejando abierta la puerta a la participación en actividades organizadas de forma común e incluso puede haber cohabitación siempre que “*las autoridades penitenciarias estimen que esta medida se inscribe en el interés de todos los detenidos a los que concierne*” (regla 18.9).

La vuelta a la vida en libertad de los internos debe realizarse, antes de la excarcelación definitiva, de *forma progresiva*. Este regreso a la libertad requiere atención especial con haya ayuda económica y postpenitenciaria.

¹³²⁹ RIVERA BEIRAS, I., *La cuestión...*, *op. cit.*, pág. 244

¹³³⁰ MAPELLI CAFFARENA, B., “Una nueva...”, *op. cit.*, pág. 5

El Título Sexto trata la “Inspección y control de las prisiones” (regla 92 a 93). Como hemos dicho, sólo se refiere a un control independiente por un “organismo gubernamental” pero no específica que sea judicial. Contrasta el escaso tratamiento de este tema frente a los esfuerzos de la ONU por implementar paulatinamente el protocolo facultativo a la Convención contra la tortura, que incide en la creación de mecanismos de nacionales e internacionales de visita y denuncia de las condiciones que vulneren los derechos fundamentales¹³³¹.

El Título Octavo trata sobre el régimen de los internos condenados. (reglas 101 a 107). La finalidad de este régimen es conducir a los condenados “*una vida responsable y alejada del delito*” y “*no debe agravar los sufrimientos inherentes al internamiento*” (regla 102.1 y 2). Se debe animar a los detenidos condenados a participar en la elaboración de su propio proyecto de ejecución de pena (regla 103.3). Los penados deben ser ayudados en el momento oportuno y antes de la excarcelación mediante protocolos y unos programas especialmente concebidos para permitirle una transición de la vida en prisión a una vida respetuosa dentro de la sociedad y para ello deben ser aplicadas medidas que permitan un “*retorno progresivo a la vida en libertad*” (regla 107.2), para ello es recomendable trabajar en estrecha colaboración con los organismos sociales (regla 107.4 y 5).

Por tanto como podemos comprobar, las tres versiones de dichas recomendaciones (1973, 1987 y 2006) han ido contribuyendo con su virtualidad orientadora y armonizadora de las legislaciones inculcando a los estados europeos en un proceso que, durante este período, ha transitado de la mera reinstitucionalización de las prisiones –bajo el amparo de una semántica humanitaria (sostenible)– a la creciente consolidación de éstas como vehículos sustantivos de sanción. Si las primeras normas debieron su espíritu al deseo de Europa de actualizar, respecto al contexto de conquistas europeas, el primer instrumento internacional en esta materia –Reglas Mínimas para

¹³³¹ RIVERA BEIRAS, I., *La cuestión...*, *op. cit.*, pág. 246

el Tratamiento de Reclusos (1955)–, las recomendaciones del Consejo de Europa de 2006 constituyen un verdadero corpus de normas penitenciarias, adaptadas, además, a las problemáticas concretas de la situación penitenciaria europea en la actualidad. Para **Téllez Aguilera**¹³³² con estas nuevas normas penitenciarias se ha producido una “relativización de derechos y garantías” y la “potenciación regimental”. Según este autor, si se comparan estas normas con sus predecesoras, han pretendido relegar, lo más posible, todo lo que de tratamental tenía la normativa de 1987; y la finalidad reinsertadota queda arrinconada en la normativa específica del “Régimen” de los penados. La huella del Derecho penal del enemigo ha llegado al humanista Consejo de Europa, ahora totalmente despreocupado de los temas tratamentales.

Los textos internacionales de materia penitenciaria no establecen un sistema de progresiones de grados sino unas líneas generales de cómo debe desenvolverse el tratamiento penitenciario que debe estar basado en la individualización personalizada y en la separación de los reclusos en diferentes establecimientos penitenciarios según sus características personales (Reglas Mínimas 63 y 67 y Reglas Europeas 67 de 1987). Pero la clasificación penitenciaria del recluso se entiende como un medio necesario para la elección del tratamiento.

El *sistema de progresión* en la ejecución penitenciaria es concebido, en general, como la sucesiva adquisición de autodisciplina y posibilidad de vivir en libertad, en directa relación con la concepción resocializadora, que con diferentes matices aparece en estos textos.

El *régimen abierto* se manifiesta como la culminación de la progresión penitenciaria al obtener el penado confianza suficiente en su autodisciplina y en sus condiciones favorables para conseguir su resocialización. Como hemos visto, las Reglas Europeas de 1987 (regla 67) llegan a establecer que es preciso esforzarse en colocar a los penados en establecimientos de régimen abierto.

¹³³² TÉLLEZ AGUILERA, A., *Las nuevas...*, *op. cit.*, pág. 7

La mayor concreción de las Reglas Europeas de 1987 por lo que hace referencia a la preparación para la libertad se aprecia en la necesidad de que el penado mantenga relaciones con el exterior. El contacto con organizaciones asistenciales se establece como el mecanismo adecuado, así como los permisos de salida. Efectivamente, estas salidas periódicas al exterior son concebidas en estas reglas europeas como parte del programa de tratamiento en la medida que suponen preparación para la libertad (regla 70.1 y 2)¹³³³.

Pórtico de las Reglas (en esta última versión) son nueve principios fundamentales que inciden esencialmente en el mantenimiento y respeto de los derechos de los reclusos sobre la base del principio de reinserción y la adaptación, en la medida de lo posible, de la vida en prisión a los aspectos positivos de la vida en el exterior; “normalización” en la expresión utilizada por **Mapelli Caffarena**¹³³⁴ Como apunta este autor, en consonancia con las previsiones de reinserción “la cárcel debe ser un reflejo de la sociedad libre. No hay razón para que la vida dentro de una prisión se trate de prisionalizar y, sin embargo, si existen muchos argumentos a favor de su normalización social”, siendo elemento determinante para ello “reforzar unas relaciones fluidas sociedad / prisión”.

En las nuevas reglas europeas de 2006 la regla 72.3ª indica que los fines reinsertadores deben ser tenidos en cuenta por el personal penitenciario y en la 102, en su apartado 1, al referirse al fin del régimen de los penados, establece que el mismo debe estar concebido para permitir conducir a los mismos a una vida responsable y alejada del delito, pero se renuncia, pues, a realizar una proclamación general de cuál es el fin de la pena privativa de libertad. Según **Téllez Aguilera**¹³³⁵ el abandono de la idea del fin reinsertador de la prisión, alentado

¹³³³ GARCÍA ARÁN, M. Y DE SOLA DUEÑAS, A., *Legislació penitenciaria europea comparada*, Centre d' Estudis Jurídics y formació Especialitzada de la Generalitat de Catalunya, 1991 págs. 24 y 25

¹³³⁴ MAPELLI CAFFARENA, B., “Una nueva...”, *op. cit.*, pág. 6

¹³³⁵ TÉLLEZ AGUILERA, A., *Las nuevas...*, *op. cit.*, págs. 45-46

por cierto sector doctrinal, es fruto de la concurrencia de varios elementos, entre otros habría que destacar la falta de concreción de los fines asignados al tratamiento penitenciario. Junto a la crisis de la ideología del tratamiento, pero en íntima conexión con ella, no hay que olvidar los movimientos ideológicos que se enfrentan abiertamente al sistema penitenciario y que a la postre no hacen sino desacreditar todo lo que intramuros se pueda realizar. Si a ello unimos el neoconservadurismo penal que recorre desde hace años la vieja Europa ya tenemos un marco contextual claramente definitorio.

Por tanto, las nuevas reglas europeas han optado por una nueva orientación, sustituyendo el ideario reinsertador por el principio de *nihil nocere*; esto es, se parte de que la prisión produce, por sí misma efectos negativos en los individuos, por lo que se trata, a fin de evitar al máximo posible los mismos que la vida del mundo libre sea el referente necesario de la vida intramuros¹³³⁶. De ahí la regla 5ª establece que “*La vida en prisión se adaptará, en la medida de lo posible, a los aspectos positivos de la vida en el mundo libre*”. Por ello, la regla 102.2 establece que la privación de libertad no debe agravar los sufrimientos inherentes al internamiento. Y la regla 6ª añade que la privación de libertad debe servir para facilitar la reintegración social.

El tratamiento penitenciario sigue siendo, al menos desde el punto de vista teórico, la piedra angular de casi todos los sistemas penitenciarios europeos, así es recogido en la regla 103, y cuyos elementos esenciales vienen representados por el trabajo, la formación, otras actividades y la preparación para la excarcelación, a los que se podría añadir los permisos de salida y la participación en programas de justicia restaurativa.

La regla 107 de las recomendaciones europeas establece que los penados deben ser ayudados en el momento oportuno y antes de su excarcelación mediante unos protocolos y unos programas especialmente concebidos para permitir una transición de la vida en la prisión a una vida respetuosa con el

¹³³⁶ TÉLLEZ AGUILERA, A., *Las nuevas...*, op. cit., pág. 46

derecho dentro de la sociedad, para permitir un retorno progresivo a la vida en libertad.

La regla 104.1 prevé la posibilidad de que se establezcan distintas categorías de penados al objeto de su ubicación bien en distintas prisiones bien en distintos módulos o departamentos dentro de una misma prisión, clasificación que tiene como finalidad facilitar la gestión regimental.

En el seno de la Unión Europea, y en conjunción con la actuación del Consejo de Europa, es importante apuntar que la deficitaria situación de los sistemas penitenciarios ha llevado a proponer, por más que no parece viable en modo alguno a medio plazo, la articulación de una *Carta penitenciaria europea* común a todos los países del Consejo de Europa, sobre la base de una contribución común de los Estados miembros de la Unión.

La Comisión de Libertades y Derechos de los Ciudadanos, Justicia y Asuntos Interiores del Parlamento Europeo así lo recomendó en su Informe de 2004 sobre los detenidos en la Unión Europea¹³³⁷

Dicha Carta, según se proponía en este Informe, habría de incluir normas precisas y obligatorias para los Estados miembros relativas tanto al momento de la detención como al de la reclusión *stricto sensu*. Así, por ejemplo, cuestiones relativas a las actividades de reeducación, instrucción, rehabilitación y reinserción social y profesional, a la separación de detenidos en función de las categorías, a las comunicaciones, acceso a la información, sanidad o a la propia formación del personal penitenciario.

En ese mismo documento se recomendaba igualmente al Consejo que si dicha Carta no se elaborara cuando antes o si los resultados no fueran satisfactorios la propia Unión Europea elaborara una Carta de derechos de las personas privadas de

¹³³⁷ Informe con una propuesta de recomendación del Parlamento Europeo destinada al Consejo sobre los derechos de los detenidos en la Unión Europea, 24 de febrero de 2004.

libertad, obligatoria para los Estados miembros y sujeta a la jurisdicción del Tribunal de Justicia..

En la Recomendación del Parlamento Europeo, de mayo de 2009, destinada al Consejo, con relación al desarrollo de un espacio de justicia penal en la Unión Europea, se apunta que al tener que estar basado éste en el respeto de los derechos fundamentales debe adoptarse sin dilación medidas para establecer normas mínimas sobre las condiciones de detención y prisión y un conjunto común para la Unión Europea de derechos de los detenidos. Se pretende de esta manera involucrar a la Unión Europea en el diseño de la carta con la participación del Parlamento Europeo y la Comisión. Junto a ello se apunta la posibilidad de articular un observatorio de prisiones. No obstante, no parece tener viabilidad alguna al día de hoy por la inexistencia de consenso en la materia como así se ha puesto de manifiesto recientemente al hilo de algunas preguntas parlamentarias¹³³⁸.

B. EL RÉGIMEN ABIERTO EN EL DERECHO PENITENCIARIO COMPARADO

1. Europa

Como ya hemos expresado, tras la Segunda Guerra Mundial, en Europa comenzó el movimiento del llamado constitucionalismo social. Representantes de este movimiento fueron las Constituciones alemana e italiana. Con el tiempo y, sobre todo, en la década de los años setenta¹³³⁹ este movimiento

¹³³⁸ REVIRIEGO PICÓN, F., “Crisis de los sistemas penitenciarios europeos?”, *Revista del Instituto de la Judicatura Judicial Federal* n° 29, págs. 172-173. También en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, N° 16 - 1er semestre 2009

¹³³⁹ Italia aprobó la Ley Penitenciaria en 1975, Alemania en 1976 y España en 1979.

se extendió a muchos países europeos occidentales que comenzaron a realizar diversas reformas penitenciarias. Estas reformas defendieron la prevención especial positiva, que significa que la resocialización se convierte en el fundamental pilar de las opciones reformistas. De esta forma, como dice Pavarini, se iría construyendo, un verdadero “sistema flexible en la fase ejecutiva”, donde la pena sólo está judicialmente determinada en su límite máximo. Pero treinta años después, durante los primeros años del siglo XXI, el sistema penal ha cambiado hacia la “prevención especial negativa”, buscando no ya la resocialización del condenado, sino su drástica neutralización, incapacitación, inocuidación y paulatina destrucción¹³⁴⁰.

El Derecho penal es el lado más riguroso del orden social, y el Derecho penitenciario es la cara más amarga del Derecho penal¹³⁴¹ pero en el contexto actual, en los países de nuestro entorno, existe una acusada tendencia a buscar una mayor humanización en la ejecución de las penas privativas de libertad. Últimamente dentro de los objetivos de la cooperación europea está la aproximación de las leyes en materia de derecho penal y de cumplimiento de penas; pero en el ámbito europeo se da falta de homogeneidad entre las diferentes legislaciones penitenciarias, que se explica debido a los diferentes periodos históricos que ha pasado cada país, por las diferentes tradiciones jurídicas de los mismos y por las diversas técnicas legislativas utilizadas para regular el Derecho penitenciario. Encontramos países que tienen leyes penitenciarias, como en España, que regulan las materias fundamentales del Derecho penitenciario y después son desarrolladas por vía reglamentaria, tal es el caso de Alemania, Italia, Portugal, etc. Existen otros países, como Bélgica cuyo texto básico en materia penitenciaria está regulado en el Reglamento General de establecimientos penitenciarios. Por otro lado, hay países que no tienen ley penitenciaria como

¹³⁴⁰ RIVERA BEIRAS, I., *La cuestión...*, *op. cit.*, pág. 330

¹³⁴¹ GAUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Cárcel electrónica...*, *op. cit.*, pág. 11

tal, este era el caso de Francia, donde hasta el año 2009¹³⁴² parte del Derecho penitenciario estaba recogido en su Código de Procedimiento Penal, y otra parte es desarrollada mediante decretos específicos. En Holanda y Suecia regulan la materia penitenciaria entre leyes y reglamentos¹³⁴³.

En las últimas décadas se consolidan en Europa nuevas tendencias en política y legislación penitenciaria para buscar nuevas formas de ejecución penal, sistemas de sustitución y alternativas a la prisión, pero por otro lado nos encontramos con un conjunto de conquistas –viejas– que aún soportan una práctica orientada a la racionalización del encarcelamiento. No obstante, se trata de un quehacer que se ve afectado y acaso en riesgo de extinción por causa de la tendencia hacia el endurecimiento de la política penitenciaria.

También se están buscando nuevas alternativas debido al desencanto por el modelo “terapéutico” de resocialización de la mayoría de los países de la Unión Europea y al valorar que se consideran que son muy deficitarios. Todo ello apunta hacia la necesidad de un nuevo concepto de ejecución penal que dé lugar al fin de la cárcel clásica como fundamento principal de la sanción penal. El principio de resocialización, que es una proposición que el Estado dirige a los internos para que mejoren sus aptitudes para vivir en sociedad sin delinquir, interviene como mecanismo rector en la edificación y gestión de las prisiones. Se trata de emular en el interior de las prisiones tanto como sea posible la vida del exterior. Con ello, las prisiones cobran un sentido continuo de comunidad, de centros en los cuales la reclusión supone un aprendizaje de vida en comunidad a través de la propia experiencia carcelaria.

Se están desarrollando nuevas políticas y programas extrapenitenciarios no privativos de libertad como respuesta educativa, integradora, asistencial, formativo-laboral, repositivo

¹³⁴² El Proyecto de Ley Penitenciaria aprobado por el Senado francés el 6 de marzo de 2009 y remitido a la Asamblea Nacional tres días más tarde.

¹³⁴³ GARCÍA ARÁN, M. y DE SOLA DUEÑAS, A., *Legislació...*, *op. cit.*, pág. 16

y reconciliadora, donde el protagonismo de las víctimas y de los infractores sean decisivo. Por tanto, si uno de los principios del Derecho penal es el de “intervención mínima”, el de Derecho penitenciario debe respetarlo, y por tanto debe evitar o reducir al máximo la desocialización que conlleva la ejecución de la pena privativa de libertad, fomentando la mayor integración social posible de los penados. Está claro que la prisión debería desaparecer pero todavía es “*un mal necesario*” (según consta en nuestra LOGP) hasta que haya otras penas alternativas a la misma suficientemente eficaces y consolidadas. Por tanto para alcanzar los objetivos humanitarios antes indicados es muy útil la potenciación de la prisión abierta, como se hace en numerosos países convirtiendo la humanización y la reinserción social en los pilares básicos e irreversibles de su Derecho penitenciario. Como defendió Beccaria, con gran acierto, las penas no por ser más crueles son más eficaces; hay que atemperarlas; importa más y es más útil una pena moderada y de segura aplicación que otra cruel, pero incierta. Hay que imponer la pena más suave entre las eficaces; sólo ésa es una pena justa, además de útil¹³⁴⁴.

Por otro lado, en el panorama del Derecho penitenciario comparado se aprecia una sustitución de los sistemas de ejecución clásicos por otros nuevos con mayores márgenes de medidas individualizadoras de carácter subjetivo que permiten adaptar la ejecución –trabajo, tratamiento o régimen- a las necesidades resocializadoras del penado¹³⁴⁵, rompiendo con la influencia de los sistemas clásicos objetivos basados en el cumplimiento de plazos temporales.

En la mayoría de los países europeos el tratamiento se concibe en términos muy similares al de la legislación penitenciaria española (art. 59 LOGP)¹³⁴⁶ en el sentido de atribuirle un carácter inseparable de la ejecución de la pena

¹³⁴⁴ BONESA, CESARE, MARQUÉS DE BECCARIA, *op. cit.*, págs. 71 y ss.

¹³⁴⁵ MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias...*, *op. cit.*, pág. 161.

¹³⁴⁶ “*El tratamiento consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción de los penados*”.

propriadamente dicha tal y como establece el art. 25.2 de nuestra Constitución. Esta relación entre tratamiento y ejecución penitenciaria aparece en mayor o menor medida, como es el caso de del art. 1 de la ley italiana, art. 13 de la belga, art. 2 de la alemana y art. 4 de la sueca. También hay excepciones como en el caso de Holanda donde el tratamiento no es un concepto vinculado en todo caso a la ejecución penitenciaria y por ello no todos los establecimientos penitenciarios están dedicados al tratamiento, siendo éste concebido como un elemento de contenido terapéutico en la ejecución de determinadas penas privativas de libertad. En Inglaterra y en el País de Gales el tratamiento no aparece con un contenido positivo de resocialización, sino como ayuda al buen comportamiento dentro del establecimiento penitenciario. En el lado opuesto, Suecia, que concibe la pena como tratamiento, su propia ley se denomina de tratamiento de delincuentes en centros de rehabilitación, y gran número de las disposiciones giran alrededor de la evolución y planificación del tratamiento. De esta manera la ley sueca aparece como el caso que más decididamente apuesta por la función resocializadora de la pena privativa de libertad¹³⁴⁷. Pero es la ley penitenciaria española la que más detalladamente regula la orientación, los métodos y los límites del tratamiento, estableciéndolo en su articulado de forma muy sistemática (arts. 59-72 LOGP). A nivel similar se hace en la ley alemana y en la sueca.

Por tanto, se puede decir que el objetivo del tratamiento es conseguir la reinserción social del condenado y la mejora de sus condiciones para la incorporación a la vida en libertad (Italia, art. 1; Bélgica, art. 13; Alemania, art. 2; Inglaterra y Gales, norma 1; Suecia, art. 4). Como mayor caso de indefinición tenemos Francia que hasta el año 2009 no tenía ley penitenciaria, estando ciertas normas penitenciarias en su Código de Procedimiento Penal y en una serie de Decretos complementarios.

¹³⁴⁷ GARCÍA ARÁN, M. Y DE SOLA DUEÑAS, A., *Legislació...*, *op. cit.*, págs. 31y 32

Prácticamente todas estas legislaciones europeas optan por el principio de individualización del tratamiento penitenciario, y la basan en mayor o menor graduación de la observación científica de las características del penado, pero siempre estableciendo la necesidad de clasificación en orden a ser destinado un determinado régimen penitenciario. Esta relación entre clasificación-individualización-tratamiento está presente en casi todos los países europeos (Italia, arts. 1 y 13; Francia, Decreto 252; Bélgica, art. 13; Alemania, arts. 4-6; Inglaterra y Gales, norma 3; Suecia, arts 4-5), pero son las legislaciones española, alemana y sueca las que establecen con más concreción el sistema de aplicación del tratamiento penitenciario. Es de destacar que, en general, no se establece un sistema premial por los avances en el tratamiento (cosa que sí ocurre en muchos países sur y centroamericanos). La excepción en Europa es Francia que el Decreto 254 establece que el buen comportamiento puede modificar el régimen penitenciario del recluso, lo cual no supone una conexión estricta entre avance en el tratamiento y progresión premial.¹³⁴⁸ En España la buena conducta no es condición suficiente para cambiar de régimen penitenciario, pero este factor es necesario para progresar de grado o salir al exterior.

Actualmente, se puede afirmar que los efectos no deseados de la “europeización” de las naciones han conducido a las políticas nacionales a emplear en el discurso de la seguridad como instrumento de promesa electoral, como elemento de un discurso político de fácil elaboración que hace mella, que polariza a la opinión pública. La promesa del aumento de la punitividad unida al auge de las ideología de “tolerancia cero” en las naciones europeas y razones de política criminal interna para usar la criminalidad y el encarcelamiento como elementos de discursos electoralistas. Esto también ha engendrado un proceso denominado populismo punitivo, que no sólo se entiende como la incorporación del discurso de la seguridad, tanto en la opinión pública como en el discurso electoral,

¹³⁴⁸ GARCÍA ARÁN, M. Y DE SOLA DUEÑAS, A., *Legislació...*, op. cit., pág. 33

“vendiendo” en las legislaciones el incremento punitivo en nombre de la seguridad.

Ha cambiado consecuentemente el clima y la corriente de opinión sobre la sanción penal, como efecto de la europeización de las políticas penitenciarias. De todo resulta que la política criminal conserva un valor diferencial en cada uno de ellos. También es lo que hace difícil una europeización total de las políticas penitenciarias por parte de los diferentes estados. Por otro lado, la evolución de los diferentes órganos internacionales hace que se vayan fortaleciendo en detrimento de la tradición nacional. Entonces, desde el punto de vista de la tendencia a la europeización, parece ser que, por un lado, se está revalorizando el recurso al encarcelamiento como fórmula de sanción, como recurso para la defensa legítima de la ciudadanía. Es decir, se está legitimando un quehacer punitivo, que hasta invita a desprestigiar la noción de reinserción por considerarla blanda, condescendiente con los criminales, costosa y hasta ilegítima. Desde esta vertiente de la europeización, se está dejando de lado el principio del recurso mínimo al encarcelamiento, es decir, recurrir a él sólo cuando no haya más remedio, y de las previsiones constitucionales, que advierten que la privación de la libertad sólo puede hacerse dentro de las provisiones que establece la ley. De esta manera, esta corriente punitivista de la europeización es la que pone en crisis el modelo de reinserción que se propugna desde el Consejo de Europa que pretende recuperar, reforzar, el espíritu de la posguerra, el respeto por los derechos humanos como criterio de valoración de las políticas penitenciarias, como criterio para su homologación y europeización. Esta tensión, en nuestra opinión, es, en muchos casos, la que no permite dar el salto hacia las medidas alternativas, o bien la que hace imposible repensar el encarcelamiento. De esta manera, se explica, por ejemplo, que la cuestión sobre el internamiento se haya desplazado hasta las cuestiones sobre sus modalidades, cifras, cantidades, que son las que aparentemente determinan su mayor grado de “humanidad” o “inhumanidad”.

La consolidación del tratamiento penitenciario, como piedra angular de casi todos los sistemas penitenciarios, resulta

algo indiscutible, al igual que podemos afirmar que resulta difícil colegir que alguna legislación penitenciaria europea actual acepte un sistema celular absoluto como forma de cumplimiento de sus penas privativas de libertad. Algo similar ocurre con el sistema progresivo puro, si bien las reminiscencias del progresismo objetivista (obligatoriedad impuesta por la norma de que el recluso pase por todas las fases del sistema) está presente en algunos países, como es el caso de Francia, en donde el criterio de la duración de la pena y tipo de delito se conjugan para hacer obligatoria la permanencia en una fase llamada “periodo de seguridad”, durante el cual el condenado no puede pedir ninguna medida de tratamiento penitenciario, ni salir de permiso de salida, ni libertad condicional, ni reducciones de condena. El periodo de seguridad se ha introducido en la ejecución de la pena de prisión en España con la Ley 7/2003 de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas que lo regula en el art. 36.2 CP, y se ha mantenido aunque reformado por la LO 5/2010, de 22 de junio.

En el lado opuesto de esta concepción, otros ordenamientos penitenciarios optan por un sistema de individualización científica en el que el programa individualizado de tratamiento es el que diseña la ejecución de la pena; este es caso de Alemania o Suecia.

Por tanto, en las legislaciones europeas se utilizan tres clases de criterios para la aplicación del régimen abierto:

-La concesión en base a criterios temporales y de duración de la pena

-En atención a las características individuales del penado o la evolución del tratamiento.

-Con la combinación de los dos criterios anteriores de evolución del penado y determinados requisitos temporales

El concepto de grado tal y como se utiliza en la legislación española resulta escasamente trasladable a otras normas europeas. En España la clasificación en un grado trae como consecuencia el respectivo régimen penitenciario; por el contrario, en otros países europeos la opción por la

individualización del tratamiento no desemboca en diferentes grados, sólo en determinados casos en la decisión por un establecimiento o en otro, sin que se pueda establecer paralelismo entre régimen y tratamiento. En Alemania y Suecia rigen los sistemas de planificación donde el tratamiento evoluciona sin pautas prefijadas, al tiempo que evoluciona el interno. Los sistemas de planificación se encuentran dotados de mayores posibilidades de individualización subjetiva del tratamiento en función de las necesidades del penado, que se valoran periódicamente con independencia del tiempo transcurrido de condena. . En Holanda no se puede hablar de modalidades de tratamiento, sino de centros con o sin tratamiento. Por regla general el tipo de tratamiento se deja en manos de las autoridades penitenciarias con la excepción de Francia donde la decisión de las modalidades de tratamiento corresponde al Juez de Aplicación de Penas.

Por tanto, existen dos grandes sistemas de aplicación del tratamiento penitenciario, el sistema clásico de progresión objetiva y el sistema de individualización científica a través de la planificación general del tratamiento. El sistema penitenciario de nuestra LOGP mantiene puntos comunes con los dos sistemas indicados, siendo la característica general la opción por el sistema progresivo, y eso que se pronuncia por la individualización científica basada en estudio de la personalidad del penado (art. 72 LOGP), lo cierto es que establece taxativamente los grados del régimen en relación con el tratamiento penitenciario, pero también teniendo en cuenta el tiempo de condena transcurrido, y más todavía después de las reformas introducidas por la LO 7/2003 de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas (art. 36.2 y 78 CP), estos artículos han sido mantenidos por la LO 5/2010, de 22 de junio.

Como vemos, en las legislaciones europeas, en general, no se concreta una modalidad u otra de tratamiento, pero está claro que es característica mayoritaria los sistemas de progresión en el tratamiento hacia una mayor responsabilidad y más libertad tanto dentro como fuera de la prisión.

Concluyendo el régimen abierto, también denominado en otros países semilibertad, permite al condenado salir del establecimiento penitenciario en el que purga su pena para, con vistas a su inserción social, ejercer una actividad profesional, seguir una enseñanza o formación profesional, realizar prácticas u ocupar un empleo temporal o, asimismo, para poder participar en la vida de su familia o recibir un tratamiento médico, sin estar bajo la vigilancia constante de la Administración penitenciaria.

El régimen de semilibertad tiene por objeto atenuar uno de los principales inconvenientes reconocidos de la privación de libertad, la desocialización del condenado. Frente a la condena condicional con puesta a prueba, la semilibertad parece conciliar mejor la exigencia de resocialización con la protección de la colectividad.

En el reducido número de estados de Europa que conocen esta medida, la semilibertad se utiliza más bien en fase de ejecución de la pena¹³⁴⁹ como etapa intermedia entre la vida carcelaria y la vuelta a la vida en libertad¹³⁵⁰. Solamente en una minoría de Estados miembros¹³⁵¹ puede ser acordada *ab initio* por el órgano jurisdiccional de condena.

Pueden beneficiarse de esta medida *ab initio* los condenados a penas cortas de privación de libertad (3 meses Portugal¹³⁵² y 1 año Francia). En Portugal, solo puede concederse si la pena privativa de libertad a la que se refiere no puede ser sustituida por multa, otra pena no privativa de libertad o el arresto fin de semana. El régimen de semilibertad requiere a

¹³⁴⁹ Tal es, por ejemplo, el caso de Alemania (& 11 StVollzG), Bélgica (donde se le llama semi-détention), España, Finlandia (ley sobre la ejecución de sanciones penales de 19-1-12-1889/39A. capítulo 3 artículo 8 y capítulo 4, artículos 4 y 5), Francia (artículo 132-25 Código Penal) e Italia (artículo 50 de la Ley nº 354 de 26/7/1975).

¹³⁵⁰ En Francia, es incluso una condición previa a la libertad condicional, artículo 723-1CPP).

¹³⁵¹ Tal es el caso de Francia (artículo 132-25 CPP), Italia (artículo 50 de la Ley nº 354 de 26/7/1975) y Portugal (artículo 46 CP).

¹³⁵² Artículo 46 del Código penal portugués

veces el acuerdo del condenado (en Alemania, en Portugal). Como método de ejecución de las penas, Italia concede esta medida si el penado está condenado a una pena no superior a seis meses o, en el caso de penas privativas más graves, si el condenado ha purgado la mitad de su pena; en Francia, puede concederse al final de la pena, si el tiempo de cumplimiento es inferior o igual a un año.

El beneficio de la semilibertad puede combinarse con una serie de obligaciones que deben respetarse. El condenado está obligado a volver al establecimiento penitenciario según las modalidades determinadas por la autoridad competente en función del tiempo necesario para la actividad, enseñanza, formación profesional, periodo de prácticas, participación en la vida de la familia o tratamiento médico para lo que se le concedió el régimen de semilibertad. Está normalmente obligado a permanecer en el establecimiento durante los días en que, para la causa que sea, no tenga obligaciones exteriores.

El condenado en régimen de semilibertad sigue estando sometido al conjunto de las normas disciplinarias. La semilibertad puede revocarse, si el condenado no respeta sus obligaciones, muestra mala conducta o cuando las condiciones que justificaron la concesión de la medida dejan de reunirse. En este caso, el condenado debe cumplir el resto de la pena en prisión. En algunos Estados, el hecho de sustraerse al control al que está sujeto en el marco de esta medida o de volver demasiado tarde al establecimiento penitenciario, supone para el penado una condena por evasión, tal es el caso de Francia y España.

a) Alemania

En la República Federal Alemana a partir de la segunda guerra mundial fundamentalmente se incrementaron los establecimientos abiertos y semiabiertos, ya sea para jóvenes o para adultos.

Las severas críticas de las que fue objeto el sistema penitenciario alemán a finales de los años 60 determinaron la

creación, aprovechando el contexto de la reforma general del Código Penal, de una comisión especial encargada de redactar una nueva ley penitenciaria. Es la década en la que se empieza a aceptar la noción de resocialización como un principio rector en materia de ejecución de penas privativas de libertad y en la que surgen las primeras medidas tendentes a dulcificar la reclusión a través de autorizaciones de salida y de trabajo en el exterior.

A partir de 1969, cuando el sistema penal de sanciones fue completamente reformado dentro de la conocida como la "gran reforma del derecho penal", la administración de justicia efectuó grandes cambios, tanto en la ley como en la práctica. En cuanto a la ejecución de las penas, el 16 de marzo de 1976 fue publicada la Ley de Ejecución de Penas y Medidas Privativas de Libertad o Ley de Régimen Penitenciario que entró en vigor el 1º de enero de 1977; dicha Ley supone la victoria del pensamiento resocializador¹³⁵³. Curiosamente, cuando Alemania promulgó su Ley sobre Ejecución de Penas y Medidas Privativas de Libertad, claramente encaminada a la prevención especial, comenzaban en Estados Unidos y Escandinavia las dudas acerca del modelo resocializador.

En dicha Ley se declara que la reintegración del penado a la sociedad es el único objetivo de la ejecución de la pena (art. 2º). Otros factores, como la prevención general o la gravedad del delito no deben tomarse en cuenta en la ejecución. La Ley indica que la ejecución de la pena preparará al detenido para una vida futura de responsabilidad social que implica no cometer crímenes, aunque, afirma **Kaiser**¹³⁵⁴, dicha pena sirve también para proteger a la sociedad de la comisión de otros delitos. Por tanto, la finalidad de la pena privativa de libertad no es otra que la de propiciar que el sujeto pueda vivir en sociedad sin volver a delinquir (prevención general positiva). De esta forma, la

¹³⁵³ ROXIN, CLAUS, *Iniciación al derecho penal de hoy* (trad. Francisco Muñoz Conde y Diego Luzón Peña), Universidad de Sevilla, 1981, pág. 70.

¹³⁵⁴ KAISER, GUENTHER, *Strafvollzug im europaeischen Vergleich. Wissenschaftliche Buchgesellschaft*, Darmstadt, Wissenschaftliche, Buchgesellschaft, 1983, pág.19.

finalidad última de esta pena ya no es la intimidación (prevención negativa) sino la estabilidad de la confianza de todos los ciudadanos en el mantenimiento del orden público, normalmente, a corto y a medio plazo. Así pues, debe existir un último objetivo del régimen penitenciario, que sería la resocialización o reinserción.

El art. 3º de la Ley de Ejecución Penal define precisamente los tres principios básicos a seguir en el cumplimiento de la pena de prisión: a) la vida en prisión debe ser lo más parecida posible a las condiciones generales de vida; b) Los efectos dañinos del encarcelamiento deben ser contrarrestados; c) La ejecución de la pena deberá orientarse hacia una eventual reintegración del penado en la sociedad libre.

Establece el art. 6 que después del procedimiento de admisión, se comenzará a investigar la personalidad y las condiciones de vida del penado. Se puede prescindir siempre y cuando no sea indicado, teniendo en cuenta la duración de la pena. Los estudios se extenderán a las circunstancias que sean necesarias para un tratamiento completamente planificado y para la reinserción social después de la puesta en libertad. La planificación del tratamiento ha de ser discutida con el penado.

Para lograr esta preparación para la reincorporación, la vida del penado en la prisión debe ser lo más parecida a la del mundo exterior, por lo que el sistema correccional debe hacer todo lo posible por lograrlo. En cuanto al tipo de tratamiento, el penado influye decisivamente en su elección, y se espera de él cooperación para el éxito. El interno deberá ser alentado a comprometerse en su propio programa de tratamiento. No se encuentra en la Ley una definición concreta del tratamiento porque la intención del legislador en 1976 fue de no atar el sistema penitenciario a un método específico, ya que en las áreas de educación, psicología y medicina los desarrollos son constantes. Hoy en día no sólo las medidas terapéuticas en estricto sentido forman parte del tratamiento, también están incluidos el trabajo, las actividades recreativas, la orientación vocacional y los variados permisos de salida.

La Ley de Ejecución Penal tiene metas y funciones específicas a cumplir, además de garantizar los derechos legales de los detenidos, de asegurar la realización de una política criminal humana y racional, de coincidir material y formalmente con la ley sustantiva y sus modificaciones, debe crear las bases para la ejecución de las penas. Para eso cuenta con el respaldo constitucional de poder afectar derechos fundamentales.

El tratamiento resocializador es la prioritaria finalidad de la pena de prisión. Como ya se afirmó antes, las autoridades están obligadas a proporcionar dicho tratamiento. Esta decisión la tomó la Corte Suprema Constitucional, y es válida también para los condenados a cadena perpetua. El art. 13 de la Ley convierte a todos los detenidos en sujetos a tratamiento.

Un grupo de expertos (la *Einweisungskommission*) decide qué tipo de prisión será la adecuada para el preso, de acuerdo con sus capacidades y con el tratamiento existente. En la práctica, el tratamiento tiene dos puntos principales: por un lado las oportunidades del condenado se amplían a través del trabajo y el desarrollo de sus habilidades; por el otro, se intenta por medio de la terapia mejorar la capacidad social del reo. A menudo esta "preparación social" consiste en enseñarle cómo resolver determinados problemas: ajustar los gastos a los ingresos, organización de presupuestos, administrar el hogar y el trabajo, y también relaciones interpersonales. El tratamiento de acuerdo con los conceptos psicoanalíticos o psicoterapéuticos, ya son la excepción, se ofrece sólo en las instituciones socioterapéuticas¹³⁵⁵.

Una de las novedades fundamentales de la ejecución penal alemana viene representada por la mayor apertura en la ejecución penal a través de los permisos para salir sin vigilancia, salidas a trabajar y las vacaciones (arts. 11, 13, 15 y 35). La Ley de Ejecución de Penas (art. 10) ha fijado además, de forma pragmática, la primacía de la ejecución abierta sobre la cerrada y ha definido legalmente los establecimientos abiertos como "sin o con escasas medidas precautorias frente a las fugas" (art. 141,

¹³⁵⁵ KAISER, GUENTHER, *Kriminologie*, 1988, págs. 522 y ss.

apartado 2). Las instituciones abiertas, los paseos y salidas al exterior, y la concesión de permisos de trabajo cuando está próximo el término de la pena, son elementos esenciales para el progreso en el tratamiento. Contrariamente a los resultados negativos que aportaron las investigaciones en los Estados Unidos de Norteamérica y Escandinavia, en Alemania resultaron sorprendentemente positivos¹³⁵⁶.

En Alemania la ejecución abierta se ha revalorizado verdaderamente en forma notable desde el final de los años sesenta. En un inicio sólo se instaló al 15.8% de los presos en establecimientos abiertos. La calificación de los establecimientos como "abiertos" respecto a la seguridad hacia el exterior no es uniforme en todas las regiones de Alemania. Una investigación estadística elaborada por el Instituto Max-Planck de Derecho Penal de Friburgo, dio como resultado que escasamente el 40% de los establecimientos abiertos se aseguraban mediante un muro, y el 5% contaba además con un alambre de púas a causa de las fugas¹³⁵⁷.

En forma general los establecimientos abiertos son totalmente distintos a los de régimen cerrado, en los cuales, por ejemplo, la libertad de circulación y de residencia (celdas abiertas) se ve aumentada considerablemente. La ejecución en régimen abierto se distingue ante todo por una concesión considerablemente aumentada de permisos de salida de mayor duración. El potencial de conflictos (suicidios, intentos de suicidio, autolesiones o rechazo a la alimentación) ha disminuido tradicionalmente de manera notable en la ejecución abierta. En conjunto, afirma Duenkel¹³⁵⁸, puede valorarse

¹³⁵⁶ FERNÁNDEZ MUÑOZ, D.E., "El sistema penitenciario de la República Federal de Alemania. La ejecución penal". Dentro de la obra *La pena de prisión, propuestas para sustituirla o abolirla*, México. Pág. 131-133

¹³⁵⁷ DUENKEL, FRIEDER Y ROESNER, ANTON. "Die Entwicklung des Strafvollzugs in der Bundesrepublik Deutschland seit 1970, Freiburg, Max-Planck Institut, 1982, pág. 87.

¹³⁵⁸ DUENKEL, FRIEDER Y ROESNER, ANTON. *The Current State of Adult Imprisonment and Pre-Trial Detention in the Federal Republic of*
907

positivamente el desarrollo y la construcción de la ejecución en régimen abierto, puesto que no se constató un mayor riesgo para la comunidad, y disminuyó la reincidencia delictiva en las puestas en libertad.

A finales del siglo XX¹³⁵⁹ el 20% de todos los detenidos estaban cumpliendo su pena en un establecimiento abierto. Estas cifras son muy similares a las clasificaciones en tercer grado en España durante los años 2004-2011.

Por tanto, la Ley de Ejecución contempla como mecanismo central la resocialización, la planificación individual del régimen penitenciario. Por ello en su art. 7 establece que al inicio de la ejecución de la pena se debe elaborar un plan, en lo posible en acuerdo con el recluso. Este plan debe fijar de qué modo el recluso debe aprovechar el tiempo de privación de libertad con el fin de prepararlo para una futura vida sin delinquir. Para ello se debe ofrecer al recluso la posibilidad de terminar su educación, una formación técnico-profesional, entrenamiento social, terapia social o también psicoterapia. Así pues, se pretende preparar al penado desde el inicio para su puesta en libertad, y en el mejor de los casos, abreviar el encarcelamiento. La planificación del tratamiento es realizada con el penado. Los planes penitenciarios se comunican por escrito a los internos que reciben una copia del mismo.

Por tanto, la Ley penitenciaria alemana, que opta por *el sistema de individualización científica*, establece que en base a un estudio de tratamiento se elaborará un plan de cumplimiento, que debe contener las siguientes indicaciones:

- La ubicación del cumplimiento cerrado o abierto.
- El traslado a una institución social terapéutica.

Germany. *Research in Criminal Justice*, Freiburg, Max-Planck Institut, 1982 Vol. 2, págs. 330 y 331.

¹³⁵⁹ SCHWIND/ BOEHM. "Strafvollzugsgesetz", Berlín, De Gruyter, 1991, pág. 140.

-La adjudicación a un grupo de residencia o a un grupo de tratamiento.

-La incorporación a un trabajo así como medidas de formación profesional, perfeccionamiento o reciclaje.

-La participación en actos de perfeccionamiento.

-Medidas de y tratamiento especiales.

-Relajación del cumplimiento de las condenas.

-Medidas necesarias par la preparación a la libertad.

Este plan de tratamiento se habrá de mantener en consonancia con la evolución del interno y con los resultados más extensos del estudio de su personalidad. Para ello habrá de tener una previsión de términos en el plan de cumplimiento. Este sistema huye del encorsetamiento que supone la existencia de fases prefiguradas, como es el caso de los grados de clasificación penitenciaria en España.

En Alemania la planificación del programa de tratamiento se realiza en dos fases. La primera es una planificación terapéutica que sucede a una investigación de la personalidad y de las relaciones de vitales del interno. La investigación cuenta con la voluntad del interesado, se limita a estudiar aquellas circunstancias cuyo conocimiento es necesario para un tratamiento global de cara a su futura incorporación a la sociedad. La segunda es propiamente la planificación penitenciaria (o de ejecución) que, basada en la investigación terapéutica precedente, sirve para determinar el internamiento en un centro cerrado o abierto, el traslado a una vivienda colectiva o a un grupo de tratamiento, el destino laboral o los programas formativos y otras circunstancias de régimen similares. Los resultados de este plan se van valorando en el transcurso de la ejecución y en colaboración con el interno para lo que se pueden preestablecer algunos plazos de garantías¹³⁶⁰.

¹³⁶⁰ MAPELLI CAFFARENA, B., “Las consecuencias...”, *op. cit.*, pág. 162

Un elemento importante de esta planificación son los beneficios penitenciarios intrapenitenciarios o medidas de flexibilización del régimen penitenciario, en el marco del cual se permite al recluso, a modo de prueba, salir del centro penitenciario durante periodos cortos o más prolongados, puesto que si se pretende preparar al interno para la vida en libertad, éste debe mantener el contacto con la realidad fuera de la prisión, manteniendo los vínculos familiares y sociales. Es fundamental evitar que la privación de libertad destruya la capacidad del recluso de vivir fuera de la cárcel.

La forma más amplia de la flexibilización o de salidas es lo que corresponde al régimen abierto, permitiéndose al interno salir diariamente de la cárcel y dedicarse a un trabajo o en aprender una profesión fuera de la prisión. La condición es que el interno debe volver cada tarde y que no cometerá ningún delito. Este tipo de salida se ensayan previamente en salidas más restringidas: saliendo desde unas horas al principio hasta varios días. En el caso de salidas controladas en el medio libre se registra quebrantamientos entre el 1% y 2% anual por recluso. Ponderando la cantidad total de días que pasan los reclusos en libertad esta cifra se ubica en el rango de la milésima¹³⁶¹.

Concluyendo el sistema penitenciario alemán es especialmente proclive al régimen abierto teniendo en cuenta las características personales del penado y sin que se establezcan requisitos en cuanto a la duración de la pena. La semilibertad se regula dentro de lo que denomina “relajamiento del cumplimiento” y al mismo tiempo como opción por el régimen abierto cuando no se teme la evasión o la comisión de nuevos delitos; en caso contrario, o cuando sea necesario para el tratamiento se opta por el régimen cerrado. El relajamiento del cumplimiento alemán incluye tanto la posibilidad de acudir a un centro de trabajo en el exterior (con o sin vigilancia), como salidas periódicas. Por su relación con la evolución de la

¹³⁶¹ FEST, JOHANNES. “Elaboración y contenido de la ley penitenciaria y su impacto en el sistema alemán”. Pág. 8. Santiago de Chile. 2005

condena, se pueden conceder permisos de preparación para la salida en libertad¹³⁶².

b) Dinamarca

El Código penal de 1930 modificó el régimen penitenciario de forma muy importante, creando nuevas prisiones, generalmente abiertas, para toda clase de delincuentes. La Real Orden de 10 de mayo de 1947, señaló de manera terminante la misión resocializadora del internamiento danés, basado en ir atenuando las diferencias, en lo posible, entre la vida libre y la reclusa; de ahí dos importantes medidas: abandono del sistema progresivo, sustituyéndolo por el de tratamiento individual en régimen de asociación; profusión de las prisiones abiertas y destino a ellas de los reos de tal manera que la mayoría de los condenados a penas cortas es allí donde cumplen su sentencia y los sancionados con penas largas, en un 60%¹³⁶³.

Todo interno puede recuperar su libertad, cualquiera haya sido su condena, una vez cumplida una tercera parte de la misma, si el comportamiento en la prisión ha sido ejemplar y lo hace acreedor a esa medida. La libertad la otorga el Ministerio de Justicia, y mientras dura ésta tiene que observar estrictas normas de una vida ejemplar.

La política penitenciaria danesa, desde su reforma en 1973, abolió el régimen disciplinario en nombre del denominado *principio de normalización* (las normas de 2006 del Consejo de Europa han incorporado este principio en sus recomendaciones.) Las prisiones danesas, entienden que la convivencia en su interior es el elemento fundamental en el desempeño de la función penitenciaria. Han diseñado prisiones abiertas y semiabiertas, en muchas de las cuales los funcionarios no llevan

¹³⁶² GARCÍA ARÁN, M. y DE SOLA DUEÑAS, A., *Legislació...*, op. cit., pág. 37

¹³⁶³ GARCÍA VALDÉS, C., *Estudios de Derecho penitenciario de los países nórdicos*, Madrid., 1982, pág. 49

uniforme; han decidido que gran parte del funcionariado sean mujeres, porque pretenden que, de esta manera, los internos aprendan afectividad. Luego, han hecho una apuesta decisiva por enseñar a vivir en comunidad desde la experiencia. Gran parte de la sociedad danesa, espera el retorno de los penados. En Dinamarca, se les espera porque entienden la pena como un tránsito que, no obstante, enmienda a la comunidad, pero en un sentido aún más pragmático, porque los tiempos de condena son cortos. En este sentido, la política penitenciaria danesa entiende que para que la prisión funcione, tanto en prevención como en reinserción, debe comprenderse como un castigo con solución de continuidad. El interno sabe que saldrá pronto, se espera que durante su ingreso se reconcilie con aquellos elementos de la convivencia que le son o eran ajenos cuando decidió cometer el delito. Asimismo, esta política quiere que se entienda que la pena es parte de la vida en común y que ir a prisión es una sanción que propugna la comunidad. Muchas veces, la prisión no opera como elemento disuasorio, porque en la experiencia de muchas personas la prisión se entiende como otro de los males que le toca vivir en la sociedad. Es decir, la política danesa ha querido que quede claro que la sociedad tiene normas, que hay que cumplirlas, que se sanciona, que la sanción tiene un objetivo y que, si se cumple, se sale.

En este país la política penitenciaria se sostiene sobre el criterio de la indulgencia –en tanto en cuanto principio rector en la mediación entre los principios de comunidad y resocialización–, edifica un sistema de justicia complejo que convierte el sistema penitenciario en el último eslabón de una cadena de servicios públicos de prevención estructural y situacional del crimen.

La resocialización, como principio que edifica el sistema de sanciones, conforma un sistema carcelario en el que se establece la prisión comunitaria –abierta y solidaria, donde se “aprende” comunidad a través de la propia experiencia de la convivencia– en contraposición a la prisión cerrada.

Las prisiones en Dinamarca pueden ser abiertas, cerradas y locales, y se distinguen en que si bien estas últimas se

encuentran reservadas a los preventivos o al cumplimiento de condenas menores a seis meses, las otras emplean criterios que dependen de las capacidades de los presos para vivir o no en condiciones de apertura (movilidad interna, sin muros...) ¹³⁶⁴.

c) Francia

En Francia la conservación de la seguridad interna es prioritaria y como la contención de la inseguridad externa es fundamental, todo ello en la escala de valores que se crea siempre a la hora de encarcelar. No se espera de las prisiones un retorno útil a la sociedad, ajustado cognitivamente a las normas de convivencia. Si esto ya se ve en la contradicción interna de sus centros penitenciarios, se justifica fuera de los muros bajo el discurso de la inseguridad, pero, aún con mayor arraigo se legitima por una concepción del nosotros, por una ética que no admite la trasgresión más que como un hecho punible. Esta es la necesidad de castigar. En Francia, a diferencia, por ejemplo, de Dinamarca, la reinserción no es ni siquiera un vocablo relevante en la praxis de su política penitenciaria. En este país la doctrina suele distinguir tres funciones que se alternan en la ejecución de las penas privativas de libertad: educativa (duración máxima de 4 ó 5 años), inocuidadora y la de justicia. La aplicación de la pena proporcionada a la gravedad de la infracción busca la función intimidatoria, preventiva orientada al futuro, o la propiamente inocuidadoras. Puede decirse, en general, que las penas privativas de libertad conjugan tanto los fines intimidatorios como preventivos (art. 728 Código Procesal Penal). En sí misma, la pena connota un carácter retributivo que normalmente se ve favorecido por la aplicación real de la mismas, no obstante, desde el punto de vista del órgano judicial

¹³⁶⁴ Investigación: “¿Políticas del castigo?. Análisis comparativo del discurso de política penitenciaria en: Dinamarca, Francia, Inglaterra y Gales y Canadá”. Coordinación: Joan Subirats y Raquel Gallego, Miquel Doménech y Lupicinio Iñiguez. Equipo investigador: Brígida Cristina Maestres y Marta Cruells. Centre D’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. 2009. Págs. 18-47

y la Administración penitenciaria, como principio general, prevalece la prevención especial, sin perder de vista el contexto preventivo de las mismas¹³⁶⁵.

En el sistema penitenciario francés es destacar la importancia dada al tiempo de la pena trascurrido para alcanzar la semilibertad, siendo necesario el cumplimiento del periodo de seguridad para llegar al mismo (art. 720-2 CPP). Cuando el penado muestra indicios claros de readaptación social, el Juez de aplicación de penas puede excepcionalmente reducir la duración del periodo de seguridad.

Según el art. 722 del CPP en cada establecimiento el Juez de aplicación de penas determina para cada condenado las principales modalidades de tratamiento penitenciario. Dentro de los límites y condiciones previstos por la ley, el juez concede trabajos en el exterior, la semilibertad, las reducciones, fraccionamientos y suspensiones de penas, las autorizaciones de salida con escolta, los permisos de salida, la libertad condicional o se dirige a la jurisdicción competente par disponer la ejecución de la pena. En situaciones de urgencia el juez decide previo consulta con la comisión de aplicación de penas. Esta comisión está presidida por el Juez de aplicación de penas, siendo miembros de pleno derecho el Procurador de la República y el Director del establecimiento.

Regula el art. 723 del CPP el régimen de semilibertad que permite al penado salir del establecimiento sin vigilancia para ejercer una actividad profesional, estudiar o para hacer formación profesional, de cara a su reinserción social, así mismo le permite disfrutar de su familia o seguir algún tratamiento médico. El penado está obligado a volver al establecimiento penitenciario al finalizar el tiempo necesario para la actividad planificada, y a permanecer en este establecimiento cuando por cualquier motivo la actividad sea suspendida. Un decreto

¹³⁶⁵ DE LEÓN VILLALBA, J., “La pena privativa de libertad en el derecho comparado”. Artículo publicado en el libro *Derecho y prisiones hoy*. Universidad de Castilla – La Mancha, Cuenca, 2003, pág. 33. Y, con posterioridad, en la *Revista General de Derecho Penal*, Nº 1, Iustel, 2004

determina las condiciones en las pueden ser aplicado estas medidas.

El mismo artículo establece la posibilidad de que cuando el tribunal establezca una pena igual o inferior a seis meses de prisión ésta sea ejecutada en régimen de semilibertad. Si el penado no cumple las obligaciones impuestas o si da señales de mala conducta, el tribunal puede retirar el beneficio de la semilibertad, informado de ello al Juez de ejecución de penas, este mismo juez puede suspender la aplicación de la semilibertad si la urgencia lo requiere. Por otra parte, el art. 723-5 establece que si el penado comete un nuevo delito durante un permiso de salida, la jurisdicción puede decidir que pierda el beneficio de las reducciones de penas que se le hayan concedido con anterioridad.

El art. 722 del CPP francés establece que para la última fase del tratamiento penitenciario se puede utilizar la fórmula de la libertad condicional.

El Código penal francés, Ley nº 92-683, de 22 de julio de 1992, introduce un régimen de semilibertad (arts. 132-25 y 132-26) en los casos que el condenado justifique su participación en programas de aprendizaje o de formación profesional o de la realización de prácticas o de empleo temporal, dirigida a su inserción social, a su participación en la vida familiar o a la necesidad de someterse a un tratamiento médico. En estos casos se permite una adaptación de la ejecución a las necesidades derivadas de las finalidades citadas.

El Código penal francés de 1994 ha sufrido las reformas introducidas en el año 1997, y en el 2002, que permite la aplicación de la suspensión a lo largo del cumplimiento de las penas, e introducen la posibilidad de vigilancia electrónica (brazalete), dentro de un radio de acción determinado por el juez a partir de un punto fijo, que normalmente será el domicilio del penado.

El Proyecto de Ley Penitenciaria aprobado por el Senado francés el 6 de marzo de 2009 y remitido a la Asamblea Nacional donde se aprobó y entró en vigor el 24 de noviembre

de 2009. Pese a constituir una de las más esperanzadoras promesas electorales de Nicolas Sarkozy, esto es, del entonces candidato a la presidencia de la República y uno de los más firmes propósitos, desde el año 2007, de la Ministra de Justicia Rachida Dati, lo cierto es que el texto aprobado en la Cámara Baja del país vecino dista mucho de constituir un cuerpo orgánico y homogéneo que aglutine las normas relativas a la ejecución de la pena privativa de libertad. Antes bien, incide en la naturaleza asistemática, dispersa, alambicada, compleja y confusa que ha caracterizado, desde siempre, la normativa penitenciaria francesa. Del análisis de los 59 artículos que conforman el Proyecto, sólo se constatan innovaciones muy puntuales que se pretenden materializar, una vez más, mediante la modificación, supresión o adición de preceptos contenidos en el CP y en el CPP, perpetuándose así la tradicional técnica legislativa gala consistente en incesantes reenvíos a normas ubicadas en otros cuerpos legales.

En la Exposición de Motivos del texto que la titular de Justicia presentó en el Senado¹³⁶⁶ tras su aprobación por el Consejo de Ministros, se admitía, por una parte, que “las normas reguladoras de los derechos y obligaciones de las personas sometidas a la acción de la justicia, de los establecimientos penitenciarios y de los servicios penitenciarios de inserción y probation están mayoritariamente integradas por disposiciones reglamentarias, circulares y notas administrativas” y, por otra, que “debido a la superposición de muy numerosas normas de naturaleza reglamentaria, el derecho penitenciario ya no presenta, a día de hoy, las cualidades de accesibilidad, de legibilidad y de previsibilidad que todo arsenal jurídico debe respetar en aras de la seguridad jurídica de los ciudadanos”, por lo que “resulta indispensable poner orden en nuestro sistema normativo, elevando a nivel legislativo las restricciones a los derechos fundamentales”. Pese a esta declaración de buenas intenciones, ni los sucesivos informes emitidos por las distintas Comisiones nombradas al efecto, ni los debates habidos en el

¹³⁶⁶ Proyecto de Ley Penitenciaria nº. 495, registrado en la Presidencia del Senado el 28 de julio de 2008.

Senado en las sesiones de los días 3 a 6 de marzo de 2009 han cuestionado, en momento alguno, que el Proyecto de Ley no dejara de ser un sucinto texto esencialmente dirigido a la modificación de preceptos del Código Penal (arts. 31 a 35) y del Código de Procedimiento Penal (arts. 36 a 57). Salvo innovaciones muy puntuales, como la introducción, entre otras, del principio celular¹³⁶⁷ o la aplicación del brazalete electrónico a preventivos y penados de escasa condena con el fin de no ingresar en el centro penitenciario, ninguna de las normas previstas en la parte reglamentaria del CPP ha sido elevada a la categoría de Ley¹³⁶⁸.

Con la aprobación de esta Ley Francia ha perdido una ocasión histórica para elevar su normativa penitenciaria al nivel de otras legislaciones europeas. La elaboración de una Ley unificadora, cohesionada y sistemática, siguiendo el modelo alemán, italiano o español, habría evitado la grave inseguridad jurídica que disposiciones dispersas, confusas, complejas y periódicamente modificadas genera¹³⁶⁹.

Del análisis conjunto de estos preceptos se colige, en primer lugar, la extraordinaria incidencia que el período de seguridad presenta en la normativa penal y penitenciaria francesa. Y es que, conforme al art. 132-23 del Código

¹³⁶⁷ Aprobado por el Senado en contra de las pretensiones del Gobierno que sólo quería hacerlo efectivo una vez finalizado el programa de construcción de nuevos centros penitenciarios. Se ha concedido para ello una moratoria de cinco años. Véase el art. 59 del texto aprobado en el Senado así como el Diario “*Le Figaro*” de 11 de marzo de 2009.

¹³⁶⁸ RENART GARCÍA, F., *Los permisos de salida en el derecho penitenciario comparado*, Premio Victoria Kent, 2009, SGIIPP, Madrid. 2010, pág. 84-89

¹³⁶⁹ Particularmente crítica con el Proyecto de Ley, al considerar que la legalización de determinadas instituciones es, en realidad, “totalmente indigente y parcial”, HERZOG-EVANS, M.: “Vers une codification de l’exécution des peines?”, en *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, núm. 1, Paris, 2009, Págs. 121 y ss.

Penal¹³⁷⁰, el condenado a una pena privativa de libertad cuya duración sea igual o superior a diez años, impuesta por las infracciones especialmente previstas por la ley, no puede beneficiarse, durante un periodo de seguridad, de las disposiciones relativas a la suspensión o fraccionamiento de la pena, *placement à l'extérieur*, permisos de salida, semilibertad y libertad condicional. La duración de este período se sitúa en la mitad de la pena o en dieciocho años si se trata de una condena a perpetuidad. Sin embargo, el citado precepto confiere una extraordinaria facultad decisoria al tribunal sentenciador o a la Audiencia (*Cour d'assises*) al permitirles reducir el periodo de seguridad o, por el contrario, incrementarlo hasta las dos terceras partes de la pena o hasta los veintidós años en el supuesto de perpetuidad.

Tratándose de la condena a una pena privativa de libertad superior a cinco años, el último párrafo del art. 132-23 prevé la posibilidad que la jurisdicción fije un periodo de seguridad. Caso de inclinarse por su aplicación, el lapso no puede exceder de las dos terceras partes de la pena o de veintidós años si se tratara de una cadena perpetua. Así, a diferencia del periodo de seguridad del art. 36.2 de nuestro CP introducido por la LO 7/2003, de 30 de junio, en la legislación francesa, toda pena superior a cinco años e inferior a diez no entraña, necesariamente, la imposición de un periodo de seguridad sino que su aplicación queda sujeta a la discrecionalidad del órgano judicial sentenciador. Con la nueva reforma efectuada por la LO /2010, de 22 de junio, la regulación del periodo de seguridad en nuestro Código Penal se equipara más el modelo francés, si bien en determinados delitos la aplicación del periodo de seguridad es obligatoria.

De los preceptos reglamentarios reguladores de los permisos de salida se desprende, que el tipo de establecimiento en que el interno se halla condiciona, así mismo, el disfrute de

¹³⁷⁰ Modificado por el art. 3 de la Ley nº 2005-1549, de 12 de diciembre de 2005 (Journal Officiel de la République Française de 13 de diciembre de 2005).

permisos de salida. En efecto, mientras el art. D146 prevé que los condenados encarcelados en *centres de détention*¹³⁷¹ pueden beneficiarse, tras la extinción de un tercio de la pena, de los permisos establecidos en el art. D145, con una duración máxima de cinco días y, una vez al año, de diez días, el art. D146-1 acoge, así mismo, la posibilidad que un penado que cumple su condena en un *centre pour peines aménagées*¹³⁷² pueda disfrutar de permisos que no excedan de cinco días.

¹³⁷¹ Los centros de détention acogen los condenados que presentan las mejores perspectivas de reinserción.

¹³⁷² En estos centros, creados por el Decreto n° 2002-663, de 30 de abril de 2002 (Journal Officiel de 2 de mayo de 2002, pág. 7952), cumplen su condena los penados a quienes les reste menos de un año para su licenciamiento definitivo. Conforme al art. 6 del citado Decreto, “el régimen de los centros para peines aménagées se basa en acciones de inserción organizadas tanto en el interior como en el exterior de los establecimientos”.

d) Italia¹³⁷³

El Código penal italiano data de 1930 si bien ha sufrido numerosas reformas posteriores. La Constitución italiana de 1947 en su art. 27 establece que “las penas no deben consistir en tratamientos contrarios al sentido de humanidad”. El apartado tercero de este mismo artículo determina que: “*Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato*”, es decir, que el criterio de la reeducación es la última finalidad de las penas¹³⁷⁴, en el sentido de inserción social o normalización social como proceso de interacción para desarrollar la capacidad de autodeterminación del penado en la vida comunitaria así como para promover, simultáneamente su aceptación social

¹³⁷³ Diario “El Mundo”.27/8/2009.- “De 63.000 presos, más de 20.000 no son italianos. La Unión Europea debe intervenir”, advierte el ministro de Justicia italiano, Angelino Alfano, en declaraciones al ‘Corriere della Sera’. Las cárceles del país son “adecuadas” para alojar sólo a “los prisioneros italianos”, porque si no, “se supera la capacidad tolerable”. Por este motivo, el ministro de Justicia hace un llamamiento a la Unión Europea, que en su opinión “debe ser promotora de nuevos tratados”. “Un tercio de los presos son extranjeros”, afirma Alfano. “Significa que las prisiones son aptas para los presos italianos”. “No es un problema solo italiano. La UE no puede continuar con las sanciones y, por otro lado, cerrar los ojos frente al fenómeno de hacinamiento penitenciario, causado por la presencia de presos extranjeros. La UE debe tomar la iniciativa o con nuevos tratados o con recursos económicos para construir nuevas cárceles, destinados a los estados más afectados por el problema”. Alfano termina asegurando que “no habrá indultos nuevos”. Es habitual en Italia la utilización de los indultos para descongestionar las prisiones. Podemos citar como botón de muestra los aprobados por el Parlamento italiano en 2006 con el objeto de descongestionar las cárceles; tres años después, no obstante, el problema de sobreocupación sigue afectando al sistema penitenciario italiano debiendo destacarse el elevado número de reclusos extranjeros (veinte mil de un total de sesenta y tres mil) como puso de manifiesto recientemente el Ministro de Justicia Italiano, *Corriere della Sera*, 26 de agosto de 2009.

¹³⁷⁴ DELLA CASA, FRANCO, *Ordinamento Penitenziario, Enciclopedia del Diritto*, Annali II, Tomo II, pag. 793. También en GREVI, VITTORIO; GIOSTRA, GLAUCO y DE LLA CASA, FRANCO. *Ordinamento Penitenziario*, Commento articolo per articolo, Padova, Italia, 2006, pág. XXIX

mediante formas de solidaridad y, precisamente, de reintegración social.

La Ley penitenciaria de 1975 (nº 354, de 26 de julio, modificada por la nº 663 de 10 de octubre de 1986) tiene como ejes fundamentales el tratamiento penitenciario y la implantación de las medidas alternativas a la privación de libertad. Esta ley en su art. 15 establece que: “el tratamiento del condenado y del interno se desarrollará valiéndose principalmente de la educación, del tratamiento, de la religión, de las actividades culturales, recreativas y deportivas¹³⁷⁵ y favoreciendo los oportunos contactos con el mundo exterior y con la familia¹³⁷⁶. Para los fines del tratamiento reeducativo, salvo en caso de imposibilidad, al condenado y al interno le será asegurado el trabajo. Los acusados serán admitidos a petición suya para participar en actividades educativas, culturales y recreativas y, salvo motivos justificados o indicación en contrario por parte de la autoridad judicial, para desarrollar actividades laborales¹³⁷⁷ o de formación profesional, posiblemente de su elección y, en cualquier caso, en condiciones adecuadas a su situación jurídica”¹³⁷⁸.

El concepto de tratamiento penitenciario (art. 27 Const.) está regulado en la Ley Penitenciaria de 1975. Nace la necesidad de individualizar, a través de la observación científica de la personalidad del preso, el tratamiento mejor según las condiciones específicas del individuo y según las exigencias de su personalidad para que, con la expiación de la pena, se pueda obtener una recuperación del culpable y su reinserción a la vida social. El tratamiento comprende el deber del Estado de llevar a cabo la ejecución de la pena o de la medida de seguridad para

¹³⁷⁵ DELLA CASA, FRANCO, *op. cit.*, pág. 801

¹³⁷⁶ DELLA CASA, FRANCO, *op. cit.*, pág. 805

¹³⁷⁷ DELLA CASA, FRANCO, *op. cit.*, pág. 803

¹³⁷⁸ GREVI, VITTORIO; GIOSTRA, GLAUCO y DELLA CASA, FRANCO. “Ordinamiento Penitenciario”. *Commento articolo per articolo*. Padova. Italia. 2006. Pág. 192

obtener la reeducación del sujeto¹³⁷⁹. Este tratamiento es válido solo para los penados y no para los presos preventivos porque para los últimos existe una presunción de no culpabilidad y no se puede actuar una acción de reeducación.

A diferencia del sistema penitenciario español, la individualización del tratamiento en la normativa italiana no supone la clasificación del condenado en grados. En efecto, la observación científica de la personalidad del interno, a fin de revelar las carencias psicofísicas y las causas de desadaptación social que prevé el art. 13 de la Ley de 1975, no conlleva la posterior ubicación del mismo en un grado determinado sino la formulación de indicaciones orientadas al tratamiento reeducativo a desarrollar en el correspondiente programa. Ello no obsta la aplicación de regímenes de diverso contenido, como los previstos en los arts. 14-bis -regime di sorveglianza particolare- o 48 -regime di semilibertà-. Este sistema explica la lógica ausencia de exigencias clasificatorias en los requisitos establecidos para la obtención de un permiso ordinario de salida¹³⁸⁰. Cuando el penado llega a régimen abierto se debe elaborar un programa de tratamiento que debe ser aprobado por el *magistrado di sorveglianza* (art. 101 *Regolamento Penitenziario* del año 2000)¹³⁸¹.

Pero todos los beneficios penitenciarios, así como la libertad condicional, previstos en la Ley 663, conocida como “*Gozzini*” de 10 de octubre de 1986, que fue una contrarreforma de la Ley de 1975, son medidas ampliamente discrecionales, fundamentalmente para la autoridad carcelaria¹³⁸². Algunas de las modificaciones más importantes introducidas por la indicada ley era la modificación del objetivo primordial de la prisión, es

¹³⁷⁹ DELLA CASA, FRANCO, *op. cit.*, págs. 795-796

¹³⁸⁰ GREVI, VITTORIO; GIOSTRA, GLAUCO y DELLA CASA, FRANCO, *op. cit.*, pág. 630

¹³⁸¹ GREVI, VITTORIO; GIOSTRA, GLAUCO y DELLA CASA, FRANCO, *op. cit.*, pág. 1188

¹³⁸² DE LEÓN VILLALBA, J., *op.cit.*, pág. 29. Y, con posterioridad, en la *Revista General de Derecho Penal*, nº 1. Iustel. 2004.

decir, ya no se buscaba principalmente la reinserción social, sino un entendimiento por parte del preso de las razones que le habían llevado allí. Es importante para esta contrarreforma que los presos cambien y decidan colaborar con las autoridades, ya que mediante ello obtienen beneficios que les permiten una mejor vida dentro de la prisión y un incremento en cuanto a la facilidad para salir de este confinamiento¹³⁸³. A pesar de los buenos objetivos e intenciones que tenía la reforma en su origen, la realidad fue muy distinta, y en la actualidad las nuevas medidas establecidas por esta ley no han modificado prácticamente la vida en las prisiones italianas.

El art. IX del Título Preliminar del Código penal de 1991 establece que la pena, tiene, entre otras, una finalidad resocializadora. Además en el art. 139.22 se dispone que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. Por tanto, se ha de aplicar un tratamiento reeducativo que se ajuste, juntamente con los contactos con el exterior, a la reinserción social. El tratamiento se aplica según criterios de individualización científica en relación con las específicas condiciones de los individuos¹³⁸⁴. Por tanto, el tratamiento penitenciario ha de responder a las necesidades particulares de la personalidad de cada individuo. Para cada penado, después de la observación científica de la personalidad, se confecciona el correspondiente programa de tratamiento, que se completa o modifica según las exigencias que se detecten en el curso de su ejecución. Ha de procurarse la colaboración de los penados en las actividades de observación y de tratamiento¹³⁸⁵.

Los elementos del tratamiento pueden ser la instrucción, el trabajo, la religión, las actividades culturales, recreativas y deportivas, así como los contactos con el exterior y las relaciones familiares. A la integración del penado en el medio

¹³⁸³ DELLA CASA, FRANCO, *op. cit.*, págs. 808-809

¹³⁸⁴ GARCÍA ARÁN, M. Y DE SOLA DUEÑAS, A., *Legislació...*, *op.cit.*, , pág. 145

¹³⁸⁵ DELLA CASA, FRANCO., *op. cit.*, págs. 795-796

social y familiar se refiere el a 101 del *Regolamento Penitenciaro* del año 2000¹³⁸⁶.

Las modalidades de tratamiento a seguir en cada establecimiento se regulan en el reglamento interno, que se propone y modifica por una comisión formada por el magistrado de vigilancia, que la preside, el director, el médico, el capellán, el encargado de las actividades laborales, un educador y un trabajador social. La comisión puede solicitar la colaboración de diferentes especialistas.

Según establece la normativa vigente, toda intervención del tratamiento debe corresponder con una “observación científica de la personalidad” (art. 27 Reglamento penitenciario), una tarea que corresponde al “Equipo de observación y tratamiento”, compuesto por el Director, el Educador, el Trabajador Social y el Psicólogo. Según la Ley nº 1395/1990 en su art. 5 asigna a quienes pertenecen al Cuerpo de policía labores de colaboración con el tratamiento penitenciario, y en las reuniones del Equipo participa también un representante de la policía¹³⁸⁷. El organismo así configurado, después de haber procedido a “la obtención de datos judiciales, penitenciarios, biológicos, psicológicos y sociales y a su valoración referida al modo en el que el sujeto percibe su propia experiencia y su disponibilidad para someterse al tratamiento, se formulará un programa individualizado de tratamiento antes de que transcurran nueve meses”¹³⁸⁸. Este es uno de los puntos en los que existe mayor distancia entre lo que está previsto en la Ley y lo que efectivamente es la práctica. En realidad el número de planes de tratamiento elaborados según la normativa y

¹³⁸⁶ GREVI, VITTORIO; GIOSTRA, GLAUCO y DE LLA CASA, FRANCO, *op. cit.*, pág. 1188

¹³⁸⁷ DELLA CASA, FRANCO, *op. cit.*, págs. 816-817. También en GREVI, VITTORIO; GIOSTRA, GLAUCO y DE LLA CASA, FRANCO, *op. cit.*, pág. 329

¹³⁸⁸ Recordemos que en España, según el art. 103.2 RP la propuesta ha de hacerse en el plazo máximo de dos meses y resolverse a los meses prorrogable por dos mese más (art. 103. 4 y 6 RP).

aprobados por el Juez de Vigilancia penitenciaria, como preceptúa la Ley, es absolutamente irrisorio respecto al número de condenados e internos¹³⁸⁹. Solamente se respeta rigurosamente la legislación en los casos en los que el tratamiento incluya medidas en el exterior, como el trabajo fuera de la prisión o los permisos de salida¹³⁹⁰.

El art. 54 de la Ley penitenciaria italiana establece que para la última fase del tratamiento penitenciario se puede utilizar la fórmula de la *liberazione anticipada* (libertad condicional)¹³⁹¹ que debe ser aprobada por el *magistrato di sorveglianza* según establece los arts. 103 y 104 del *Regolamento Penitenziario*¹³⁹².

En este país se prevé la sustitución de las penas privativas de libertad inferiores a seis meses por una situación de semidetención (art. 55) y si es inferior a tres meses por la libertad vigilada. La semidetención comporta la obligación de pasar al menos 10 horas en el centro penitenciario. Se aplica a los condenados a penas inferiores a un año de privación de libertad. Son competencia de la policía. También se prevé la semidetención para supuestos en que se hayan cumplido al menos la mitad de las penas superiores a tres años de prisión o, después de veinte años, en los casos de condenados a cadena perpetua. En estos supuestos se valora esencialmente la realización de actividades de carácter formativo o laboral.

¹³⁸⁹ En España según el art. 63 de la LOGP en relación con el art. 103.4 para todo penado es obligatorio elaborar: “El protocolo de clasificación penitenciario que contendrá la propuesta de grado y *el programa individualizado de tratamiento*”.

¹³⁹⁰ ARENA DOMENICO. “Instituciones, modalidades y tendencias del sistema de ejecución italiano: elementos de comparación con la experiencia española”. Revista electrónica de ciencia penal y criminología. RECPC 02-21. 2000.

¹³⁹¹ GREVI, VITTORIO; GIOSTRA, GLAUCO y DE LLA CASA, FRANCO, *op. cit.*, pág. 687

¹³⁹² GREVI, VITTORIO; GIOSTRA, GLAUCO y DE LLA CASA, FRANCO, *op. cit.*, págs. 1189 y 1990

El art. 48 de la ley penitenciaria establece el régimen de semilibertad que no es una medida alternativa a la detención si no una modalidad de ejecución de la pena de prisión¹³⁹³; el beneficiario sigue siendo una persona privada de la libertad y se encuentra en un instituto penitenciario. Poner en el instituto al condenado es una manera de ejecutar la pena para favorecer su evolución positiva de la personalidad a través la reinserción en el ambiente libre. El ingreso en el régimen abierto, el programa de actividades y de trabajo que tiene que realizar el penado está regulado en los arts. 101 y 102 del *Regolamento Penitenciario*¹³⁹⁴.

De hecho el régimen de semilibertad consiste en la concesión al condenado de pasar parte del día fuera del instituto penitenciario para participar a actividades de trabajo, de instrucción o todo lo que es útil para su reinserción social (art. 48 del ordenamiento penitenciario). El Tribunal de vigilancia tiene la competencia para admitir la semilibertad. A la semilibertad pueden ser admitidos los “*interinatos*”, es decir, los individuos sometidos a medidas de seguridad retentiva.

El art. 50 trata de la admisión a la semilibertad; la Ley 251/2005, llamada *Cirielli*, ha añadido el art. 50-bis que trata de la concesión de la semilibertad a los reincidentes¹³⁹⁵: “la semilibertad puede ser concedida a los detenidos, al cual ha sido aplicada la recidiva prevista al art. 99 del código penal, solamente después de la expiación de 2/3 de la pena o, si se trata de un condenado para un delito previsto al Art. 4-bis de esta ley, de al menos 3/4 de la pena”. La concesión del régimen de semilibertad está dispuesta en base a los progresos que se han cumplido durante el tratamiento, es decir, cuando han existido

¹³⁹³ GREVI, VITTORIO; GIOSTRA, GLAUCO y DE LLA CASA, FRANCO, *op. cit.*, pág. 630

¹³⁹⁴ GREVI, VITTORIO; GIOSTRA, GLAUCO y DE LLA CASA, FRANCO, *op. cit.*, págs. 1188-1189

¹³⁹⁵ GREVI, VITTORIO; GIOSTRA, GLAUCO y DE LLA CASA, FRANCO, *op. cit.*, pág. 660

las condiciones para una gradual reinserción del individuo en la sociedad (art. 50).

La medida puede ser revocada en cualquier momento, y el tiempo que el condenado ha cumplido en régimen de semilibertad, en caso de revocación, está considerado como pena retentiva expiada.

En el régimen penitenciario italiano se combina para la concesión del régimen abierto la evolución del penado y los requisitos de carácter temporal: se puede acordar desde el principio en pena no superiores a seis meses o, en otras, después del cumplimiento de la mitad de la pena, considerando los progresos obtenidos a lo largo del tratamiento¹³⁹⁶.

Para finalizar este apartado vamos a incluir la opinión respecto al sistema penitenciario italiano del profesor Mantovani quien reseña una interesante evolución de la pena de prisión, de su alcance y de la progresión de las medidas alternativas a ella, al estructura de lo que denomina "los tipos de pena en los sistemas diferenciados", en los que la estrategia contra el crimen se basa en la presencia esencial de la pena de prisión, que sigue siendo una constante en las actuales legislaciones, pero también en las alternativas o sustitutivas de ellas. Sobre la convicción, comúnmente aceptada, de la crisis de la pena de prisión como instrumento sustancialmente único y rígido de reacción penal, enumera una serie de razones de dicha situación: a) no siempre es necesario y por ello el Estado moderno ha estimado la posibilidad de crear otros instrumentos alternativos; b) puede ser contraindicada a los fines preventivos especiales y también demasiado perturbadora y estigmatizante para el sujeto y la familia y costosa para la colectividad; c) ha sufrido una continua erosión de su función preventivo general y especial por efecto de la hipertrofia de la legislación penal y de la inflación de la pena de prisión misma¹³⁹⁷.

¹³⁹⁶ GARCÍA ARÁN, M. Y DE SOLA DUEÑAS, A., *Legislació...*, *op. cit.*, pág. 37

¹³⁹⁷ MANTOVANI, A., *Diritto Penale. Parte Generale*, 5ª Edición, Padova, 2007, pág. 728

Sobre estos datos, y sobre el aumento progresivo de la población carcelaria, como uno de los factores de mayor necesidad de reflexión científica pero también social, el maestro italiano enumera y compendia una amplia gama de hipótesis que, como medidas alternativas, se pretende con mayor asiduidad en las diversas normativas penales: a) medidas sustitutivas de la pena de prisión-desarrollan una función esencialmente de prevención general y de disuasión y, ciertamente, también de neutralización-;á) medidas patrimoniales que comprenden la pena pecuniaria, la medida impeditiva de los resultados económicos que determinados tipos de delito están destinados a conseguir, y la caución de buena conducta; b) penas paraprisión, que constituyen una variante de la pena de prisión y conllevan no una privación sino sólo una reducción de la libertad personal: "a) arresto esporádico, fuera de los días laborales, en fines de semana, vacaciones, fiestas, etc.; "b) semidetención (prisión de noche, obligación de permanecer un número de horas al día en la cárcel, etc.); "c) arresto domiciliario o libertad controlada; ´c) pena de trabajo de pública utilidad;´d) medidas de interdicción, que privan al sujeto de la capacidad de desarrollar determinadas funciones profesionales, actividades, etc; é) sanciones simbólicas, desaprobación verbal del comportamiento del delincuente, represión judicial; b) medidas suspensivas en prueba, renuncia total o parcial de la pena de prisión, condicionada al buen éxito de un período prueba, controlada y asistida; c) medidas preparatorias a la liberación, incluye: á) admisión de trabajo en el exterior de la prisión; b) régimen de semilibertad ´c) licencia preliberación o libertad condicional¹³⁹⁸.

El amplísimo catálogo propuesto por Mantovani presenta algunas disfuncionalidades cuando se concreta en un sistema específico, lo que no deja de ser lógico; pero tiene la ventaja de exponer, prácticamente, todas las hipótesis que pueden ser desarrolladas, bien como auténticos sustitutivos, bien como alternativas reales o, incluso, como complementos a la pena

¹³⁹⁸ MANTOVANI, A., *op. cit.*, págs.733-739

principal. En todo caso, se detecta de cualquier análisis comparativo varias hipótesis que pueden ofrecerse como comunes: a) prioridad, todavía, de la pena de prisión, b) progresivo desarrollo de las penas alternativas, sustitutivas o suspensivas de la de prisión; c) como consecuencia de lo anterior, una cierta discrecionalidad del juez, que puede llegar, dentro del marco de la legalidad, a una política criminal judicial, fundamentalmente en la individualización y en la ejecución de la pena y, en consecuencia, en la aplicación práctica y concreta de los sustitutivos penales¹³⁹⁹.

e) Suecia

El análisis de la legislación sueca reviste un particular interés, toda vez que, junto con la italiana y la alemana, constituyó una de las principales fuentes del Anteproyecto de nuestra Ley penitenciaria, lo que se explica, en gran medida, por la valoración altamente positiva de un sistema calificado como “uno de los más humanos del mundo” y en el que el respeto por la persona del culpable constituye el eje sobre el que pivota la totalidad de sus normas. El hecho que los postulados del positivismo encontraran en el país escandinavo un adecuado caldo de cultivo que les permitiera germinar determinó que “la atención concedida al delincuente, colocándole a la cabeza de los problemas del ordenamiento positivo” y “su concepción de la pena como potencia enmendante de aquél”¹⁴⁰⁰ constituyeran los cimientos y fundamentos sobre los que se basa e inspira todo su sistema.

Las continuas reformas legislativas operadas desde 1916 hasta la actualidad no son sino una sucesión de normas en las que la dignidad del condenado, la humanización de las actividades y relaciones y la individualización del tratamiento

¹³⁹⁹ FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, B., M^a. “Caracteres generales del sistema de la vida penitenciaria”, *Derecho penitenciario, Artículos Doctrinales: Derecho Penal*, Julio, 2012, pág. 7

¹⁴⁰⁰ GARCÍA VALDÉS, C., *Estudios...*, *op. cit.*, Madrid, 1982, pág. 54

reeducador se erigen en el núcleo sobre el que se sustenta una filosofía penitenciaria progresista y de corte humanitario. Sólo partiendo de estas premisas puede entenderse que en 1937 las autoridades penitenciarias obtuvieron la autorización legal para conceder permisos a los internos para visitar a un familiar que se encontrase gravemente enfermo, o bien para asistir al funeral¹⁴⁰¹, ampliándose estos supuestos, con la Ley de 21 de diciembre de 1945, no sólo a salidas para la propia defensa de derechos ante los tribunales, asistir a exámenes o para la búsqueda de empleo, sino también los permisos regulares de salida para visitar el hogar una vez cumplidas las 2/3 partes de la condena y, en ocasiones, incluso la mitad. Tras la Ley de 1945, antes citada, y la de 1964 “para el tratamiento en establecimientos penitenciarios -y que, en palabras de **García Valdés**, “no fue sino una transcripción literal de los preceptos y del espíritu de la de 1945-¹⁴⁰².

El Código Penal sueco de 1965 tiende a poner mayor atención sobre la rehabilitación que sobre el castigo. Posteriormente hubo una huelga de hambre en la prisión de Hall, en 1971, lo que hizo que la activa Asociación para la Reforma Carcelaria y una comisión parlamentaria, llegaran a la promulgación de una Ley sobre Sistema Correccional en 1973, y de Tratamiento Correccional en 1973, y de Tratamiento Correccional en Cárceles en 1974, y que el principio inspirador de esta reforma sea esencialmente el humanitarismo y se acentúan aún más las ideas de rehabilitación que las de castigo¹⁴⁰³.

La prisión abierta afecta a la mayor parte de los condenados a penas propiamente privativas de libertad, con la única excepción de los condenados por tráfico de

¹⁴⁰¹ Así lo recoge MARTÍN GARCÍA, A., “Derecho penitenciario sueco: la Ley de 1974”, *Cuadernos de Política Criminal*. Nº 14, Madrid, 1981, pág. 299.

¹⁴⁰² GARCÍA VALDÉS, C., *Estudios...*, *op. cit.*, pág. 55

¹⁴⁰³ ANTONI LOVATI, “El sistema penitenciario en Suecia”, *Revista “Nueva vida”*, Nº 20, pág. 9. Córdoba, Argentina, Marzo, 1979

estupefacientes en gran cantidad a penas superiores a dos años, para quienes en principio se prevé el régimen cerrado¹⁴⁰⁴.

La Ley penitenciaria sueca de 1974 divide las prisiones en cuatro categorías de seguridad, de las cuales las tres primeras corresponden a centros cerrados y la cuarta a centros abiertos, si bien una misma prisión puede tener módulos correspondientes a diversos niveles de seguridad¹⁴⁰⁵. Dispone que la planificación del tratamiento de un interno ha de realizarse de mutuo acuerdo con él. En la medida de lo posible se ha de intentar llegar al acuerdo con el penado, el cual ha de tener ocasión de pronunciarse sobre aquellas medidas propuestas para su tratamiento que afecten directamente, siempre que no haya alguna razón especial que lo desaconseje. Este sistema huye del encorsetamiento que supone la existencia de fases prefiguradas, como es el caso de los grados de clasificación penitenciaria en España. Para la última fase del tratamiento penitenciario se utiliza la fórmula de la libertad condicional.

El sistema penitenciario sueco es especialmente proclive al régimen abierto teniendo en cuenta las características personales del penado y sin que se establezcan requisitos en cuanto a la duración de la pena. En ley penitenciaria sueca se opta por el régimen abierto excepto si lo desaconseja razones de seguridad, la falta de adaptación a la vida en el centro o el consumo de drogas (art.7), sin que el retorno al establecimiento cerrado se pueda producir por mala conducta¹⁴⁰⁶.

Para cada penado debe prepararse un plan de tratamiento, considerando la duración de la estancia y otras circunstancias, este plan ha de estar dirigido a las medidas que faciliten la

¹⁴⁰⁴ BACHS I ESTANI, J. M^a., “El control judicial de la ejecución de penas en nuestro entorno cultural”. Dentro de la obra *Cárcel y derechos humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*, Director IÑAKI RIVERA, pág. 123

¹⁴⁰⁵ TÉLLEZ AGUILERA, A., *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones*, Madrid, 1998, pág. 159

¹⁴⁰⁶ GARCÍA ARÁN, M. y DE SOLA DUEÑAS, A., *Legislació...*, *op. cit.*, pág. 37

reinserción en la sociedad y a preparar la vida fuera de prisión. Como fase preparatoria del plan de tratamiento se realiza un estudio de tratamiento en la medida que todavía no haya datos claros al respecto. El plan de tratamiento debe revisarse tan frecuentemente como sea necesario y en todo caso una vez al mes para los reclusos en un centro local y como mínimo cada tres meses para los que están en centros estatales. El plan es elaborado por un grupo colegiado de especialistas. Para la concesión de la libertad condicional ha de haber unanimidad de este grupo favorable a la concesión.

Suecia es el país por excelencia que ha intensificado el régimen abierto, hasta el punto que alberga a la tercera parte de los reclusos y en la actualidad cuenta con más de cincuenta establecimientos abiertos, en los cuales los penados tienen las llaves de sus propias celdas¹⁴⁰⁷, esta misma situación se produce actualmente en algunos Centros de Inserción Social de España, tal es el caso por ejemplo en el de Valencia donde los propios internos tienen las llaves, se abren y se cierran sus puertas, y los funcionarios sólo tienen copias de las mismas por si tienen que entrar en las habitaciones en casos de emergencia.

C. LOS PAÍSES LATINOAMERICANOS¹⁴⁰⁸

En estos países se produce la tendencia de apropiarse de los modelos de América del Norte y Europa. Pero no se efectúa tanto una importación fiel, sino selectiva y de adaptación de modelos ya existentes¹⁴⁰⁹. Los sistemas penitenciarios latinoamericanos han asumido el contenido fundamental de las

¹⁴⁰⁷ BLAS ZULETA, L., "El sistema penitenciario sueco", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Publicación del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, N° 856, Madrid, 1970, pág. 5

¹⁴⁰⁸ Web de la Comisión Andina de Juristas. <http://WWW.cajpe.org.pe/RIJ/bases/sispenin/C1002.HTM>

¹⁴⁰⁹ CHRISTOPHER BIRKBECK, *Las experiencias latinoamericanas en las prisiones y la policía*, Medellín, 1996.

normativas internacionales, como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos¹⁴¹⁰. De forma general se aceptan en las constituciones y leyes penitenciarias que el principal fin de la pena privativa de libertad es la resocialización de los penados, denominándose rehabilitación en Honduras, readaptación en México o la reinserción social en España. No obstante, también hay referencias a los fines preventivos generales para proteger a la sociedad como en Colombia.

El sistema progresivo de cumplimiento de condenas y en algunos supuestos con la variante perfeccionada del sistema de individualización científica¹⁴¹¹, como en El Salvador, es el referente de los sistemas iberoamericanos, en el que se garantizan los derechos de los reclusos mediante la intervención del Juez de Vigilancia Penitenciaria (El Salvador) o de Ejecución de Penas (Argentina, Costa Rica, Nicaragua, etc.) con funciones de control judicial de la ejecución penal, configurando una jurisdicción especializada.

El régimen abierto se aplica a los penados clasificados en una etapa en que pueden continuar su tratamiento en régimen de semilibertad, usualmente se utiliza para el desempeño de actividades laborales que faciliten su reintegración social, con posterioridad al cumplimiento de la condena. Se trata por ello de un fundamental instrumento resocializador que se utiliza en casi todas las legislaciones iberoamericanas¹⁴¹². Este régimen de vida se lleva a cabo sin controles rígidos así como por la confianza y responsabilidad de los penados. Este tipo de vida se realiza en centros abiertos. En algunos países el tiempo diario de reclusión se establece desde la finalización de la jornada laboral hasta su iniciación (Argentina), mientras que en España únicamente se dice que ha de ser de ocho horas (art. 86.4 RP), siendo lo usual pasar fuera del centro los fines de semana. En otros países se

¹⁴¹⁰ VVAA., *Sistema penitenciario. V Informe sobre derechos humanos*, Director GUILLERMO ESCOBAR, Madrid, 2007, pág. 286

¹⁴¹¹ VVAA., *Sistema penitenciario...*, *op. cit.*, pág. 290

¹⁴¹² VVAA., *Sistema penitenciario...*, *op. cit.*, pág. 406

denomina tratamiento preliberacional (México), fase de semilibertad (Argentina, El Salvador, Perú), prelibertad (Ecuador), nivel semiinstitucional (Costa Rica) o libertad preparatoria (Colombia). En este último país se permite la salida durante el día, permaneciendo los fines de semana en el centro. En algunos países, como en Bolivia en virtud de un sistema de individualización acepta que los penados puedan ser admitidos en el régimen abierto desde su primera clasificación, con la finalidad de la mejor readaptación social. Por el contrario, la existencia de un periodo de seguridad (tiempo a cumplir para el disfrute del régimen abierto) en Ecuador a las 2/5 partes de la condena, en El Salvador a las 2/4 partes, en Perú al 1/3 de la pena. En otros países no se prevé el régimen abierto sino que se establece la salida anticipada en libertad condicional, como en Guatemala u Honduras.

La libertad condicional constituye la última fase de ejecución en la mayoría de los sistemas penitenciarios que mantienen un sistema progresivo de cumplimiento de condenas, estando en esta situación hasta que cumpla la totalidad de la condena, normalmente, sometido a ciertas medidas y sin que se vuelva a delinquir. La libertad condicional también se otorga en diversos ordenamientos por motivos humanitarios a enfermos muy graves con padecimientos incurables o para los ancianos, siempre y cuando no muestren alta peligrosidad. En Bolivia, a este último tipo de excarcelación se la denomina “detención domiciliaria”.

Los principales problemas de las cárceles de estos países son el hacinamiento, sobrepoblación, falta de recursos par una buena atención sanitaria y falta de personal más capacitado. Es demasiada la gente que muere y se ve una tendencia a un régimen militarizado con niveles altos de violencia en las cárceles.

1. Argentina¹⁴¹³

La Ley Penitenciaria Nacional del año 1958, que es complementaria del Código Penal, establecía en sus arts. 5 al 14 el régimen progresivo que tiene como fin la readaptación social, pudiéndose utilizar todos los métodos terapéuticos posibles, sin desdeñar ninguno y conforme a los progresos científicos. Pero en el texto de esta ley no se hablaba específicamente de la prisión abierta, pero al regular el régimen progresivo (periodo de prueba que permite obtener salidas transitorias del establecimiento) para el cumplimiento de la pena privativa de libertad, deja expedito el camino para la constitución de este tipo de prisión. Según el art. 5 de esta ley se establece un periodo de observación del interno, otro de tratamiento y un tercero de prueba. El segundo periodo consiste en un tratamiento basado en trabajo, educación y disciplina fraccionado en fases, donde se analiza el trabajo, conducta, disciplina, prohibiciones, vestimenta, alimentación, etc. hasta pasar al periodo de prueba. En éste se prevé la posibilidad de salidas transitorias y el regreso anticipado, para buscar el afianzamiento de lazos familiares y sociales, obtención de trabajo, alojamiento, documentos, etc. antes de la salida definitiva. Al tratar este último periodo (art. 8) se establece en el apartado a “la incorporación del interno a establecimiento o sección de establecimiento que se base en el

¹⁴¹³ La tasa de encarcelamiento de Argentina en 1992 era de 63 personas presas cada cien mil habitantes, tasa que casi se triplicó en 2006, ascendiendo a 152 personas presas cada cien mil habitantes. Una realidad parecida vive Brasil, que pasó de 74 detenidos por cada cien mil habitantes en 1992 a 226 en 2008, es decir, más de tres veces presos más en sólo 12 años. Este fenómeno de crecimiento de la población prisionalizada, también se produjo en otros países, donde por ejemplo Alemania pasó de 66.146 presos en 1995 a 80.413 en 2005, es decir, un aumento del 21,6%. El dato llamativo es Holanda, considerado un país *tolerante*, que pasó de 4.000 presos en 1983 a 10.249 presos en el año 1995, elevándose ese número a 20.747 en 2005, es decir, un aumento del 518,7% en 22 años. En la cabeza de la tasa de encarcelamiento se encuentra EE.UU, con 751 personas presas cada cien mil habitantes, lo que hace que 2,3 millones de personas se encuentren en prisión, mientras que la tasa del Reino Unido cada cien mil habitantes es de 153 (Datos extraídos de Internacional Center for Prison Studies; King’s College, London; 2008).

principio de la autodisciplina”. Por tanto, según **Neuman**, esta ley tímidamente introduce cautelosamente la posibilidad de la existencia de la prisión abierta, pero no de forma directa puesto que el penado debe pasar, según el precepto de la ley, invariablemente por el régimen progresivo y sortear sus diversos periodos, fijándose su clasificación según su presunta adaptabilidad, pronóstico y tratamiento. A partir del año de 1968, comenzó a aplicarse en Argentina la prisión abierta, como establecimiento autónomo¹⁴¹⁴.

En este país el tratamiento penitenciario consiste en el conjunto de actividades terapéutico asistenciales dirigidas a la reeducación y reinserción social de los penados, contemplando aspectos voluntarios y obligatorios. El tratamiento, pretende hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley Penal, este mismo es individualizado y programado de acuerdo a las características personales de cada interno, e integrado por un conjunto de acciones que le brinden oportunidades de cambio observables en la evaluación de su evolución. Éste es un proceso dinámico; la evolución del tratamiento dependerá de la modificación de aquellos aspectos o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva y la violación de la ley penal. Los límites que se le impongan serán los necesarios para que, a medida que internalicen las pautas de conducta, que le permitan la convivencia pacífica y plena, se acerque paulatinamente a la libertad, con el apoyo y la contención institucional.

La progresividad consiste en un periodo de observación con examen médico-psicológico y de su mundo circundante para formular el diagnóstico y pronóstico criminológicos. Luego se los clasifica en fácilmente adaptables, adaptables y difícilmente adaptables.

En los años 90 del siglo pasado Argentina se incorporó al derecho internacional de los Derechos Humanos, con lo cual dio jerarquía supralegal a la “readaptación de los penados” como

¹⁴¹⁴ NEUMAN, E., *Prisión abierta*, op. cit., págs. 306 a 308

finalidad “esencial” del régimen penitenciario o, directamente, de las “penas privativas de libertad”.

La cuestión de la unidad del derecho quedó definitivamente resuelta con la reforma constitucional de 1994, toda vez que el vigente inciso 22° del art. 75, al declarar que tienen “jerarquía constitucional”, entre otros, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o “Pacto de San José de Costa Rica”, del 22 de diciembre de 1969. La fracción 3ª del art. 10 del Pacto universal dispone que “el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”, en tanto en la fracción 6ª del art. 5 del Pacto regional prescribe que “las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”. Según **Zaffaroni** es incuestionable que esto es ahora letra de la Constitución Nacional, y por lo tanto, requiere una elaboración jurídica que precise su sentido y alcance como derecho vigente¹⁴¹⁵.

La ley y la reglamentación penitenciarias ya contaban con instrumentos de control suficientes para prevenir accesos y regresos anticipados de condenados a penas graves o por delitos que lastiman la sensibilidad social -en caso que ello haya inspirado la reforma-, en la medida que los mismos no hayan alcanzado un pronóstico objetivo y fundado de no reincidencia, a ser valorado jurisdiccionalmente (arts. 3, 28 y 104 Ley 24.660 respecto de la libertad condicional y arts. 3, 17 Num IV cc. 104 y 19 Ley 24.660 respecto de salidas anticipadas)¹⁴¹⁶.

¹⁴¹⁵ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, “Los Objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales”. En MAIER, JULIO y BINDER, ALBERTO, *El Derecho Penal Hoy*, Homenaje al profesor David Baigún, Universidad Buenos Aires, 1995, págs. 120-130

¹⁴¹⁶ GUILLAMONDEGUI, LUIS RAÚL, “La reforma de la ejecución penal y la necesidad del control jurisdiccional en un Estado de Derecho”. Ponencia presentada en el V *Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Penal y Jornadas Argentinas de Derecho Penal*, San Miguel de Tucumán, Octubre del 2005.

Las variables criminológicas utilizadas por el equipo profesional del establecimiento penitenciario, y valoradas por el Tribunal competente de ejecución penal son las que deben otorgar el fundamento del pronóstico favorable de resocialización que permita la reincorporación social del peticionante. Admitir lo contrario, significaría sostener una presunción *iuris et de iure* de ineficacia del régimen y tratamiento penitenciarios, posición incompatible con el espíritu resocializador que inspira la ejecución penitenciaria, de conformidad a pautas supraconstitucionales¹⁴¹⁷.

El art. 1 Ley 24.660 en consonancia con los postulados de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos constitucionalizados (art. 75 Inc. 22 C.N. cc. art. 10.3 PIDCP y Art. 5.6 CADH)¹⁴¹⁸ establece que la finalidad de la ejecución penal será “*lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social*”, estableciéndose así cuáles son los objetivos que debe perseguir el Estado durante la ejecución de la pena privativa de la libertad y a los que deben estar orientados la actividad de los operadores penitenciarios y judiciales.

El marco de la normativa nacional (ley 24.660, art.1) define como principio básico, que la ejecución de la pena tiene por finalidad “*lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, romoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad*”, acudiendo a fin de dar cumplimiento a dicha finalidad a “*... todos los medios de tratamiento interdisciplinarios que resulten apropiados...*”. En igual sentido la legislación regulatoria para la provincia de Buenos Aires, establece que “*...el fin último de la presente ley es la*

¹⁴¹⁷ CESANO, JOSÉ DANIEL, "El nuevo régimen de la libertad condicional (Ley 25.892)", AA.VV. *Reformas al código penal*. Buenos Aires, 2005, pág. 323.

¹⁴¹⁸ Sobre el alcance del concepto “readaptación social” de conformidad a los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, CESANO, JOSÉ DANIEL, *Los objetivos constitucionales de la ejecución penitenciaria*, Córdoba, 1997, págs. 112-118.

adecuada inserción social de los procesados y condenados a través de la asistencia o tratamiento y control...” (Ley 12.256, art. 4).

Tal como surge de la normativa transcrita queda claro que el objetivo a partir del cual se articulan el conjunto de prácticas penitenciarias, *está guiado bajo el discurso de lideal resocializador*¹⁴¹⁹.

El art. 4 de la ley 24.660, define que el tratamiento será obligatorio respecto de los aspectos referidos a la convivencia, disciplina y trabajo, y voluntario respecto de *toda otra actividad que lo integre*. Es decir, aquí vemos uno de los puntos de mayor centralidad a los efectos de definir la racionalidad de la política penitenciaria que guía el marco regulatorio de la ejecución de la pena privativa de la libertad. Una ligera hermenéutica del citado artículo nos llevaría a afirmar que el tratamiento tiene carácter voluntario, excepto tres aspectos que sí serían obligatorios (por tanto con implicaciones jurídicas para todos los internos a nivel de los cambios cualitativos de la pena), aunque en realidad, una correcta interpretación nos permite afirmar que el tratamiento es -explícita o implícitamente - obligatorio toda vez que el bloque de obligatoriedad abarca casi la totalidad de la actividad penitenciaria¹⁴²⁰.

¹⁴¹⁹ Valen al respecto las palabras del Procurador Penitenciario, Francisco Mugnolo, tomada del Informe anual 2000/2001: “El Legislador entonces capta y desarrolla la voluntad de la sociedad en el concepto de resocialización y lo despliega con la previsión de los métodos de tratamiento que pueden ser utilizados con la aprobación del interno. Así pues la resocialización no se concibe como castigo aunque sí, claramente, como medio de disciplinamiento y normalización al que medianamente el interno puede oponerse. Su conducta equívoca y contraria a la sociedad lo convierte en un sujeto cuyas concepciones deben ser modificadas. Por supuesto que la resocialización se apoya en criterios positivistas que conciben al ser humano como objeto de estudio científico y plantean que toda ciencia social debe utilizar métodos de análisis y de investigación importados de las ciencias naturales.

¹⁴²⁰ SALT, MARCOS, *Los derechos fundamentales de los reclusos*, Buenos Aires, 1999, pág. 228

Esta ley sostiene la ideología re como fin de la pena, y luego por dotarla de un contenido el tratamiento en la progresividad, y esa progresividad es entendida en tres etapas: observación, tratamiento y prueba. Estos elementos propios de un tratamiento positivista que entiende al delito como una enfermedad a la que hay que curar mediante un tratamiento, con la lógica médica de diagnóstico-pronóstico-tratamiento, son elementos en común que se mantienen en los discursos legales, y que se anclan de forma ambigua en las prácticas¹⁴²¹. Al respecto, **Zaffaroni** señala que, con algunas variantes, todas las ideologías re tuvieron en común la consideración del penado como un sujeto con una minusvalía, carente de *algo*, en una condición de inferioridad, ya sea moral, ya sea biológica o psíquica. La justificación de la cárcel deviene entonces en poder dar a ese individuo carenciado, lo que no tuvo, aunque nunca se sepa bien qué es, ya que lo que el interno pareciera que debe adquirir es la bondad¹⁴²².

El principio rector de progresividad, receptado en los arts. 6 y 12 Ley 24.660, establece que en pro de la resocialización del condenado, el Estado deberá utilizar dentro del régimen penitenciario todos los medios necesarios y adecuados a dicha finalidad (entre ellos, el ofrecimiento al penado de un tratamiento interdisciplinario), y que dicho régimen se basará en la progresividad¹⁴²³, esto es, que la duración de la condena impuesta resultará dividida en fases o grados con modalidades de ejecución de distinta intensidad en cuanto a sus efectos

¹⁴²¹ CRISAFULLI, LUCAS, “Cuando el Diablo mete la cola”, en *Revista de Derecho penal online*, Instituto Interdisciplinario para el Desarrollo de Estudios Sociales, disponible en <http://www.derechopenalonline.com/> al 29 de julio de 2011. También en CRISAFULLI, LUCAS, “En el nombre de la reinserción social”, Universidad de Córdoba (Argentina), consultado 6/6/2012.

¹⁴²² ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *op. cit.*, págs. 120-130

¹⁴²³ Acerca de las características del régimen progresivo GARCÍA BASALO, DANIEL, *El régimen penitenciario argentino*, Buenos Aires., 1975, págs. 31-32.

restrictivos¹⁴²⁴, etapas a las que el condenado irá accediendo gradualmente de acuerdo a su evolución en el régimen (y en su caso, en el tratamiento voluntariamente asumido) y procurando la incorporación del interno a establecimientos penales abiertos basados en el principio de autodisciplina y, en su momento, su regreso anticipado al medio libre a través de los institutos penitenciarios previstos¹⁴²⁵ (salidas transitorias, semilibertad, libertad condicional, libertad asistida, etc.)¹⁴²⁶.

¹⁴²⁴ El régimen penitenciario adoptado por nuestra legislación -Ley 24.660- se encuentra fraccionado en cuatro etapas o períodos (art. 12): Periodo de Observación, que consiste en un estudio interdisciplinario preliminar del interno por parte del organismo técnico criminológico (art. 185 Inc. b)) que servirá para formular un diagnóstico y pronóstico criminológicos para determinar la sección del establecimiento en que se lo alojará y el programa de tratamiento a aplicarse, procurando su cooperación en este aspecto (art. 13); Periodo de Tratamiento, durante el cual se produce el abordaje terapéutico en busca de asentar y fortalecer el principio de autogobierno en el interno y el respeto por las normas de convivencias sociales (art. 14); Periodo de Prueba, comprende sucesivamente para el condenado la incorporación a un establecimiento abierto o a una sección basada en el principio de autodisciplina, la posibilidad de usufructuar de salidas transitorias y el acceso al régimen de semilibertad (art. 15); y Periodo de Libertad Condicional, que implica el egreso del condenado del establecimiento penitenciario, gozando una suerte de “libertad bajo condiciones” en razón de las normas de conducta y restricciones que debe cumplir para su conservación, las cuales regirán hasta el cumplimiento total de la pena (art. 28).

¹⁴²⁵ GUILLAMONDEGUI, LUIS RAÚL, "Los principios rectores de la ejecución penal". *Pensamiento penal y criminológico*, Año VI, N° 10, 2005, Córdoba, págs. 114-115. También en *Revista de derecho penal y procesal penal*, N° 12., Agosto 2005, Buenos Aires, 2005, pág. 1109.

¹⁴²⁶ GUILLAMONDEGUI, LUIS RAÚL, "Los principios...", *op. cit.*, págs. 114-115. También en *Revista de derecho penal y procesal penal*. N° 12. Agosto 2005. Buenos Aires. 2005. Pág. 1109: El aumento del presupuesto temporal para la penas perpetuas respecto de la libertad condicional y la exclusión de determinados delincuentes de derechos penitenciarios de regreso importan un significativo desmedro del sistema de ejecución de pena privativa de libertad establecido por la ley, el de la progresividad del régimen penitenciario, más la modalidad excepcional de individualización científica (arts. 1, 6, 7 y 12 Ley 24.660) -sistema que en su momento representó un avance dentro de los sistemas penitenciarios-, ya que ahora la misma ley priva al condenado del estímulo que representaba esa posibilidad de

El régimen se basa en la progresividad y atenuación de las condiciones de encierro en la modalidad de cumplimiento de la condena¹⁴²⁷ (ley 24.660, art. 6). Ello aparece como directa derivación de los principios de mínima intervención y atenuación de los efectos desocializantes que produce en encierro carcelario. Es decir, el derecho al régimen progresivo se constituye como una garantía vital que deberá guiar toda la hermenéutica interpretativa de la normativa penitenciaria.

Sin perjuicio de ello, lo cierto es que régimen y tratamiento se entrecruzan, se mezclan y fusionan en el texto legal, confundiéndose así ambos institutos de modo tal que la progresividad –derivada de la mínima intervención y limitación en la intervención de máxima- pierde su valor jurídico de garantía, pues tal confusión impulsa a los internos a aceptar el sistema tratamental como presupuesto para avanzar en el régimen. Ello va a provocar que las distintas etapas de la progresividad pierdan su condición constitutiva como derechos de los internos, para redefinirse como beneficio concedido por la Administración Penitenciaria¹⁴²⁸.

Si bien el art. 6 de la ley 24.660 no da lugar a confusión, pues define correctamente el carácter autónomo del régimen progresivo, el mismo solo goza de una virtual autonomía la luz

“diseñar” voluntariamente la forma como cumpliría su encierro y a “interpretar” esa oferta estatal de la “resocialización”, procurando evolucionar positivamente en su tratamiento penitenciario.

¹⁴²⁷ La progresividad del régimen de ejecución de la pena, consta de cuatro períodos: 1. Observación; 2. Tratamiento (distribuido en fases de socialización, consolidación y confianza) ; 3. Período de prueba; 4. Libertad condicional. (Ley 24.660, art. 12)

¹⁴²⁸ En este sentido sostuvo el J.N.E. 2 en autos *Poblet*, del 25.08.97 que “...conforme lo previsto en el art. 19 de la ley 24.660 es la autoridad penitenciaria la que debe proponerle al suscripto para su decisión la posibilidad de concesión de salidas transitorias y de semilibertad del interno, de lo que se deduce claramente que tales regímenes no son derechos que puedan ejercer libremente los condenados, sino beneficios que se pueden otorgar o no de acuerdo a las ponderaciones y estudios que se realicen intramuros...”. Citado en BOMBINI, ABRIL. “Poder Judicial y Cárceles en la Argentina. Buenos Aires. Pág. 128

de una dogmática integral de todo el texto normativo. Así, si tenemos en cuenta el rol funcional que cumple la calificación de concepto en relación al régimen progresivo, vamos a ver que el concepto actúa como herramienta de ponderación de la evolución personal del interno a los fines resocializadores, condicionando y supeditando el avance en la progresividad (Ley 24.660, arts. 101; 104).

Tal confusión y las consecuencias dogmáticas que produce - al sustraer a la determinación de la progresividad de parámetros objetivos - se profundiza a partir del texto legal que reglamenta las modalidades de ejecución (Dec. 396/99 RMB). El decreto, en su art. 1º define que el sistema progresivo tiene como *base imprescindible un programa de tratamiento interdisciplinario e individualizado*. Asimismo, el art. 3º del RMB postula que *se procurará limitar la permanencia del interno en establecimientos cerrados. En lo posible, conforme su evolución favorable en el desarrollo del tratamiento, se promoverá su incorporación a instituciones semiabiertas o abiertas o a secciones separadas regidas por el principio de autodisciplina*.

El binomio de resocialización/adaptabilidad disciplinaria¹⁴²⁹, construcción que fortalece las formas tratamentales como condicionantes en la progresividad del régimen. Al otorgarse inoperancia al tratamiento desde su deslegitimación definimos a la progresividad del régimen sobre caracteres objetivos y temporales.

El art. 1 Ley 24.660 en consonancia con los postulados de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos constitucionalizados (art. 75 Inc. 22 C.N. cc. art. 10.3 PIDCP y

¹⁴²⁹ El art.134 referente al Capítulo V de la ley 12.256 respecto a las características del régimen semiabierto, dispone: "La modalidad limitada estará destinada a aquellos internos que, evidenciando un grado suficiente de adaptación institucional, sean beneficiarios de programas de tratamiento caracterizados por el ejercicio de distintos grados de autocontrol, desarrollados dentro de los límites del área de seguridad de la dependencia que los alberga".

Art. 5.6 CADH)¹⁴³⁰ establece que la finalidad de la ejecución penal será “lograr que el condenado adquiriera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social”, estableciéndose así cuáles son los objetivos que debe perseguir el Estado durante la ejecución de la pena privativa de la libertad y a los que deben estar orientados la actividad de los operadores penitenciarios y judiciales.

La Ley N° 25.948 modifica la Ley de Ejecución Penitenciaria y se excluye a los internos condenados por los *delitos aberrantes*¹⁴³¹ del usufructo de las modalidades comprendidas en el periodo de prueba del régimen penitenciario: incorporación a un establecimiento abierto o basado en el principio de autodisciplina, salidas transitorias y semilibertad (art. 15 Ley 24.660). Y para reafirmar la rígida postura de la orientación político-criminal de la reforma, también se excluye a dichos condenados de los derechos de prisión discontinua (art. 36 Ley 24.660), semidetención (art. 39 Ley 24.660) y libertad asistida (art. 54 Ley 24.660), conforme prescripciones del nuevo art. 56 bis Ley 24.660¹⁴³².

La elevación del límite máximo de cumplimiento efectivo de la pena de encierro perpetua para acceder a la libertad condicional (art. 13 C.P.) y la discriminación de condenados por *delitos aberrantes* a los derechos de libertad condicional y a las

¹⁴³⁰ Sobre el alcance del concepto “readaptación social” de conformidad a los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, CESANO, JOSÉ DANIEL, *Los objetivos...*, *op. cit.*, págs. 112-118.

¹⁴³¹ Tales como homicidio críminis causa, abusos sexuales seguidos de muerte, privación ilegítima de la libertad agravada por muerte intencional de la víctima, homicidio cometido con motivo o en ocasión de robo y secuestro extorsivo agravado por muerte intencional de la víctima (art. 14 in fine C.P.).

¹⁴³² Con las Leyes N° 25.892 (B.O.: 26/05/2004) y N° 25.948 (B.O.: 12/11/2004), el legislador establece un nuevo régimen para la libertad condicional y discrimina a determinados delincuentes de la posibilidad de una flexibilización de las condiciones cualitativas de la pena y de un regreso anticipado a su condena, desvirtuando el principio directriz de la progresividad del régimen penitenciario y volviendo ilusorio el anhelo de la resocialización del condenado¹⁴³².

modalidades de la etapa de prueba del régimen penitenciario son algunas de las nuevas reglas presentadas por el legislador para enviar un mensaje a la delincuencia grave y a tono con el clamor popular, y más allá de que estemos de acuerdo de combatir dichos crímenes sino dentro de una política criminal diseñada según parámetros científicos y no por razones de urgencia o de oportunismo político¹⁴³³. Estas mayores exigencias legales o la supresión lisa y llana a determinados delincuentes para la obtención de derechos penitenciarios, son posturas que implican cercenarles la propuesta de resocialización que debe ofrecer todo Estado de Derecho a las personas privadas de libertad, y nos dejan un sabor de discriminación, ya que dicha aspiración supraconstitucional "*no debe regir sólo para algunos delitos de menor gravedad, sino para todos los hechos delictivos y respeto de todos los condenados*"¹⁴³⁴, afectándose el principio de igualdad (art. 16 C.N.) y creando una verdadera pena perpetua, incompatible con nuestro sistema constitucional.

Con acierto Lascano, señala que frente a esta nueva legislación de emergencia asentada en criterios *peligrosistas* propios de un Derecho Penal de autor, se está procurando sacar de circulación de por vida a determinados delincuentes, lo que representa un regreso a políticas inocuizadoras, como aquellas que había postulado Von Liszt en su Programa de Marburgo respecto de los delincuentes peligrosos incorregibles: *la pena indeterminada*. Este autor profundiza más aún y llega a sostener que, con esta sanción eliminatoria o segregatoria también se afecta el principio de culpabilidad en su dimensión limitadora de la duración de la pena¹⁴³⁵.

¹⁴³³ GUILLAMONDEGUI, LUIS RAÚL, "La reforma...", *op. cit.*, San Miguel de Tucumán, Octubre. 2005.

¹⁴³⁴ DE LA FUENTE, JAVIER Y SALDUNA, MARIANA, "Ejecución Penal. Reforma de los artículos 13, 14 y 15 del Código Penal", AA.VV., *Reformas penales*. Coordinador EDGARDO, A., DONNA RUBINZAL-CULZONI, Santa Fé. 2004. Pág. 42.

¹⁴³⁵ LASCANO, CARLOS J., "El nuevo régimen de la libertad condicional - Ley 25.892.", *Pensamiento penal y criminológico. Revista de derecho penal integrado*. Año V - Nº 9 – 2004, Córdoba. 2004, págs. 166-167.

Por ello, como dice Schall-Schreibuer *“una sociedad que quiere mantenerse en un Derecho penal respetuoso con la individualidad y los derechos fundamentales de la persona, también del delincuente, una sociedad que, por tanto, quiere conceder a todo autor la posibilidad de la resocialización, debe también estar dispuesta necesariamente a soportar un riesgo para la seguridad de la colectividad”*¹⁴³⁶.

Con los aspectos de la reforma penal analizada, creemos que se han legislado modalidades de ejecución de penas privativas de libertad que atentan contra el principio de humanidad de la pena, ya que por un lado pretender que luego de, prácticamente, media vida una persona condenada a pena perpetua pueda reinsertarse en la sociedad nos parece ilusorio; mientras que por otra parte, aprovechándose de una coyuntura social, se haya tipificado una verdadera *pena perpetua* para determinados delincuentes, la vigencia de ciertos viejos y sabios postulados del Derecho Penal Liberal tienen en nuestro presente su partida de defunción firmada y protocolizada¹⁴³⁷.

Cesano manifiesta que: *“como una apreciación general respecto a todas las exclusiones, producto de la reforma-consideramos que la modificación en cuestión no supera el test de razonabilidad, que viene impuesto por aplicación directa del art. 28 de la Constitución Nacional. Conforme tal principio, “las leyes penales, para ser válidas, deben tener una explicación racional. De ello se sigue que si bien el legislador puede hacer diferencias entre situaciones distintas (ej., entre diferentes delitos), ello será lícito y constitucional sólo en la medida en que la distinción resulte “razonable”, y por los motivos antes expuestos es más que dudoso que pueda considerarse*

¹⁴³⁶ Citado por SILVA SÁNCHEZ, J., “El retorno de la inocuización: El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos”, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Dir. Arroyo Zapatero-Berdugo Gómez de la Torre, Vol. I, Ediciones de la Universidad Castilla de la Mancha-. Cuenca, 2001, pág. 710.

¹⁴³⁷ GUILLAMONDEGUI, LUIS RAÚL, “Los principios...”, op. cit., págs. 111-113 y 1107.

"razonable" *excluir a ciertos condenados, por la el resultado...*"¹⁴³⁸

Creemos que la reforma de ejecución penal impulsada desde sectores políticos es una legislación carente de rigor técnico, y apoyada en una política criminal sin bases científicas, en la que primaron pretensiones electorales. El sistema legal vigente pone en riesgo principios sobre los que se estructura nuestro Estado de Derecho, tales como los de razonabilidad y supremacía constitucional, legalidad ejecutiva, igualdad, culpabilidad y derecho penal de acto, humanidad de la pena, progresividad del régimen penitenciario, resocialización del condenado y seguridad jurídica¹⁴³⁹.

Es muy ilustrativo **Lascano** cuando sostiene "*que al impedirle al condenado recuperar anticipadamente su libertad ambulatoria, mediante el cumplimiento de ciertas exigencias fijadas por la ley, derecho que constituye uno de los pilares de la progresividad del régimen de ejecución de las penas privativas de libertad, se priva al interno de un importante estímulo para asumir voluntariamente el tratamiento penitenciario y se incurre en una racional limitación de su libertad, transformando a la reclusión y prisión perpetua (a lo que agregamos: "y a los condenados por delitos aberrantes") en sanciones de "por vida", lo que está prohibido por la antropología constitucional de respeto a la dignidad de la persona*"¹⁴⁴⁰.

Como dice **Guillamondegui** no existe razón lógica-científica para que la preocupación obsesiva por determinadas formas de delincuencia, condicionen la totalidad del sistema penal-penitenciario¹⁴⁴¹.

¹⁴³⁸ CESANO, JOSÉ DANIEL, "El nuevo...", *op. cit.*, pág. 3234

¹⁴³⁹ GUILLAMONDEGUI, LUIS RAÚL, "La reforma...", *op. cit.*, San Miguel de Tucumán, Octubre, 2005

¹⁴⁴⁰ LASCANO, CARLOS J., "El nuevo...", *op. cit.*, pág. 168

¹⁴⁴¹ GUILLAMONDEGUI, LUIS RAÚL, "La reforma...", *op. cit.*, San Miguel de Tucumán, Octubre, 2005

El régimen penitenciario argentino, instaurado por la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad por la Ley 24.660, de junio de 1996, persigue dos finalidades perfectamente delimitadas: por una parte, la limitación de la permanencia del condenado en establecimientos cerrados y, por otra, la promoción de su incorporación a instituciones semiabiertas o abiertas, o a secciones separadas regidas por el principio de autodisciplina (art. 6). Basado en la progresividad, consta de los períodos de “observación”, “tratamiento”, “prueba” y “libertad condicional”. En efecto, conforme al art. 15, el período de prueba comprenderá sucesivamente:

- a) la incorporación del condenado a establecimiento abierto o sección independiente de éste;
- b) la posibilidad de obtener salidas transitorias del establecimiento y,
- c) la incorporación al régimen de la semilibertad.

Son precisamente las salidas transitorias las que son ampliamente configuradas y objeto de una atención preferente por parte del legislador argentino al distinguir, en el art. 16 de la Ley, varios tipos de permisos en función de una serie de variables. Así, en relación con su duración, se diferencian las salidas de hasta doce horas de las de veinticuatro y, a su vez, de las de un máximo de setenta y dos horas, ideadas para casos excepcionales. Así mismo, se deslindan las salidas atendiendo al motivo que las propicia, entre aquellas dirigidas a afianzar los lazos familiares y sociales, las destinadas a cursar estudios de educación general básica, polimodal, superior, profesional y académica de grado, y las creadas para participar en programas específicos de prelibertad ante la inminencia del regreso por libertad condicional, asistida o por agotamiento de la condena. El nivel de confianza depositado en el interno es otro de los criterios que permite discernir entre salidas acompañadas por un empleado, confiadas a la tuición de un familiar o persona responsable y, las concedidas bajo palabra.

Concluyendo, el acceso a un permiso de salida, así como la incorporación al régimen de semilibertad¹⁴⁴², viene condicionado por exigencias de cumplimiento previo; en efecto, en el supuesto de pena temporal sin la accesoria del art. 52 del CP, se requiere que el penado haya extinguido la mitad de su pena, siendo este lapso de quince años caso de haber sido condenado a perpetuidad. A este requisito, se añade otro objetivo consistente en no tener causa abierta donde interese la detención del sujeto u otra causa pendiente. Poseer una conducta ejemplar o el grado máximo susceptible de ser alcanzado según el tiempo de internación, así como merecer, del organismo técnico-criminológico y del consejo correccional, concepto favorable respecto de su evolución y sobre el efecto beneficioso que las salidas o el régimen de semilibertad puedan tener para el futuro personal, familiar y social del condenado, constituyen los requisitos subjetivos que el interno ha de cumplir (art. 17).

2. Bolivia

Las prisiones están gestionadas por la Dirección General del Régimen Penitenciario. Hay que destacar el Decreto Ley 11080, Ley de Ejecución de Penas y Sistema Penitenciario de 19 de septiembre de 1973, y sobre todo los arts. 22,33, y 34, donde se establece que el tratamiento penitenciario tiene por objeto modelar la personalidad del penado y modificar su actitud futura frente al medio social, a través de métodos psicológicos, pedagógicos y sociales. Para conseguirlo se utiliza el sistema progresivo, que se divide en las siguientes etapas:

- El tratamiento del interno
- La readaptación social en un ambiente de confianza

¹⁴⁴² Cabe señalar según datos del SNEEP2, de la provincia de Córdoba que el total de la población penitenciaria a mediados del año 2011 era de 5965 personas y que, del total 2673 son condenados, y el resto se encuentra aún sin recibir condena. Sólo un 10,05% de las personas condenadas, se encuentran alojados en establecimientos destinados a internos/as en período de prueba. Sin embargo, ser un interno alojado en este establecimiento constituye una excepción, ya que la mayoría se encuentran en cárceles cerradas.

-La prelibertad

-La libertad condicional.

El fin de readaptación que persigue el tratamiento es de carácter permanente y está basado en el conocimiento profundo de la personalidad del interno. Por tanto, en el establecimiento penitenciario no sólo se busca el internamiento de los reclusos a fin de que cumplan sus penas o medidas de seguridad, sino que además tiene como designio su reeducación y reinserción social.

Los establecimientos penitenciarios comprenden:

-Ordinarios que son de régimen cerrado para los reclusos que se encuentren en estado de peligrosidad o se muestren reacios al tratamiento penitenciario.

-Intermedios destinados a los reclusos que ofrezcan condiciones favorables para su readaptación social.

-Abiertos para los penados que estén en condiciones de vivir en pre-libertad.

También existen Colonias Penales Agrícolas, que son de régimen abierto, destinadas a los reclusos de procedencia rural, y los Destacamentos Penitenciarios que son establecimientos de régimen abierto, destinados a trabajadores reclusos seleccionados por la Central de Observación y Clasificación y la Dirección del establecimiento para la realización de trabajos no permanentes.

La aplicación del sistema progresivo, esto es, el avance gradual en los distintos períodos de tratamiento, basados en la responsabilidad y aptitudes del condenado en los regímenes de disciplina, trabajo y estudio, constituye el eje sobre el que pivota la normativa boliviana en el ámbito penitenciario.

La Ley n° 2298, de 20 de diciembre de 2001, de Ejecución Penal y Supervisión y el Decreto Supremo 26715/2002, de 26 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución de Penas Privativas de Libertad, parecen no responder a una decidida voluntad política por hacer frente a la realidad carcelaria del país andino. De hecho, desde la propia Defensoría del Pueblo, se realiza una doble y significativa

afirmación: *“el Estado no ha ratificado normas internacionales específicas sobre derechos de los reclusos”* y *“a lo largo de los últimos años ha habido un olvido por parte de los gobiernos y operadores de justicia en la resolución de la problemática penitenciaria”*¹⁴⁴³.

Aun cuando la Ley de Ejecución Penal y Supervisión boliviana de 2001 proclame que la ejecución de la pena se basa en el sistema progresivo y que el avance en la progresividad depende del cumplimiento satisfactorio de los programas de educación y trabajo, así como de la observancia del régimen disciplinario (art. 10), presenta ciertas características que le asemejan a nuestro sistema de individualización científica al preverse que *“los condenados podrán ser admitidos en el régimen abierto desde su primera clasificación, si de ella se desprende que dicho régimen es más favorable para su readaptación social, sin importar la categoría penal ni la pena impuesta”* (art. 145).

De los cuatro períodos establecidos en el art. 157, sólo la clasificación en el denominado “de prueba” determina la posible concesión, por parte del Juez de ejecución penal, de la salida prolongada prevista en el art. 167, lo que resulta consecuente con la finalidad de este periodo que no es otra que *“la preparación del condenado para su libertad, fomentando la autodisciplina, tanto durante su permanencia en el establecimiento como en sus salidas”* (art. 166). Al constatarse que el primer período, esto es, el de observación y clasificación iniciales, transcurre en régimen cerrado durante el lapso de dos meses (art. 164)⁷⁴, y que el segundo -de readaptación social en un ambiente de confianza- también es susceptible de transcurrir en régimen cerrado (art. 165), adquiere toda su lógica que el permiso de salida prolongado, por un plazo máximo de quince días, sólo se contemple para quienes se hallen en un periodo que, como señala el art. 166, ha de cumplirse en

¹⁴⁴³ CORTEZ GUTIÉRREZ, A. E., “Bolivia”, en ESCOBAR, GUILLERMO (Dir.): *Sistema Penitenciario, V Informe sobre Derechos Humanos*. Federación Iberoamericana de Ombudsman. Madrid, 2007, págs. 142 y 143.

establecimientos abiertos. De esta forma, el legislador boliviano diferencia la salida dirigida a la preparación para la vida en libertad de la que es otorgada a título de recompensa y que el art. 136 amplía a quienes se hallen en el segundo período. En efecto, conforme a dicho precepto, *“los actos del condenado que pongan de manifiesto su buena conducta, espíritu de trabajo, voluntad de aprendizaje, participación activa en eventos y sentido de responsabilidad, serán estimulados con... permisos de salida por veinticuatro horas, independientemente de aquellos permisos previstos como derechos”*.

3. Brasil

En el siglo XVIII, los “presidios de obras públicas” fueron los orígenes a la denominada prisión abierta en Brasil, en estos presidios se realizaban trabajos al aire libre, bajo estricta vigilancia armada, de reparaciones y construcciones de carreteras, explotación de minas, etc. La prisión semiabierta (colonias agrícolas) fue en Brasil preconizada desde los tiempos del Imperio por Tabuco Araujo (1865-66). Posteriormente surge de nuevo tras la ley N° 835, de 7 de octubre de 1908, que autorizaba al gobierno a construir en el Distrito Federal (Río de Janeiro) dos colonias penales agrícolas, una para hombres y otra para mujeres, que fueron precursoras de la prisión abierta.

En Brasil, el sistema de prisión abierta fue implantado en el año 1977 mediante la Ley N° 6416. Actualmente, el Código Penal lo prevé en sus arts. 33 y 36 para los condenados no reincidentes, cuyo “quantum” de la pena sea igual o inferior a 4 años. Para ser cumplida en e “Casas de Albergue”¹⁴⁴⁴ estipula el

¹⁴⁴⁴ En Brasil a la prisión abierta se la denomina “Casa Albergue” que es un local de cumplimiento de pena consistente en un establecimiento propio separado de los presidios comunes. La prisión Albergue está caracterizada por la ausencia de obstáculos y medidas preventivas contra fugas o evasiones, basada en el sentido de responsabilidad del propio condenado, quien debe recogerse a la institución en el período de la noche, después de haber trabajado externamente durante todo el día. Este tipo de tratamiento es mucho más positivo pues el sentenciado podrá contactar con la familia y comunidad

art. 112 de la Ley de Ejecución Penal *“la pena privativa de libertad será ejecutada de forma progresiva, y con la transferencia hacia un régimen menos riguroso, al ser determinada por el Juez, cuando el detenido haya cumplido al menos un sexto del régimen anterior y su mérito indica la progresión”*. Es un sistema que tiene como base exclusiva la autodisciplina y sentido de responsabilidad del condenado.

Las condenas hasta 4 años a régimen de prisión abierta, están siendo denominadas prisión abierta domiciliar, en desacuerdo con el establecido en el art. 1117 de la Ley de Ejecución Penal, donde la prisión domiciliar se admite sólo en supuestos de condenado con hijo menor o deficiente físico o mental y a la condenada gestante.

La magistratura del Estado de San Paulo, por el Provimiento n. XVI del Consejo Superior, desde 1965, implantó el sistema de prisión albergue, para los condenados que cumplían pena de libertad en colonias agrícolas, o en las cárceles públicas del interior del Estado. En realidad el movimiento tuvo su inicio en el año de 1954, cuando el Dr. Pedro Chávez, Corregidor General de la Justicia propone una campaña en pro de las prisiones abiertas. En 1955, Hely Lopez Meirelles, Juez de Derecho de Sao Paulo, permite el trabajo en fábricas sin vigilancia ostensiva, de algunos detenidos. El ejemplo fue seguido en las ciudades del interior, en Marilia, Sao José do Rio Preto, Bauru e Itapetininga.

La regulación de los diversos regímenes penitenciarios aplicables al penado se halla no sólo en la legislación específica sino, fundamentalmente, en el Código Penal brasileño. En efecto, el reenvío de la normativa penitenciaria a la penal se constata ya en el primero de los preceptos de la Lei de Execução Penal relativos al régimen, al preverse en su art. 110 que *“el Juez, en la sentencia, establecerá el régimen en el cual el condenado iniciará el cumplimiento de la pena privativa de libertad, observando lo dispuesto en el art. 33 del Código*

todo el tiempo, y combate los efectos negativos de la ociosidad y la superpoblación carcelaria.

Penal". Así, mientras el primer párrafo de esta última disposición legal advierte que "la pena de reclusión debe ser cumplida en régimen cerrado, semiabierto o abierto", el segundo párrafo establece los criterios que el Juez de lo Penal ha de seguir en orden a la fijación del régimen adecuado. A los efectos que aquí nos interesan, cabe destacar que la aplicación del régimen semiabierto desde los momentos iniciales del cumplimiento de la condena atañe exclusivamente a los condenados no reincidentes cuya pena sea superior a cuatro años y no exceda de ocho¹⁴⁴⁵. Puede, por lo tanto, colegirse que el permiso de salida regulado en los arts. 122 y siguientes de la normativa penitenciaria puede ser concedido a aquellos penados inicialmente clasificados en régimen semiabierto que han cumplido una sexta parte de su condena, debiendo en consecuencia extinguir una cuarta parte de la misma aquéllos en los que la aplicación de dicho régimen se produce en un momento posterior al ingreso.

A medida que hay un tiempo de cumplimiento de pena el sujeto puede optar, bajo condiciones específicas, al reemplazo de un periodo de la pena privativa de libertad por cumplimiento en medio semiabierto o libre, bajo supervisión. Tales medidas son plenamente dependientes de la pena privativa de libertad y en realidad son consideradas de complemento en la medida que sólo en una parte de la pena puede accederse al reemplazo de la prisión. Por tanto la prisión abierta, es como medida alternativa de la pena privativa de libertad y sustitutiva, en la progresión de su cumplimiento.

El sistema de prisión abierta es de gran valor, por aproximarse a los fines de la pena, pues se presenta mejor que la prisión cerrada, se trata de un criterio moderno de Política Penitenciaria. El Estado-Juez al conceder el régimen de prisión abierta demuestra que confía en la capacidad social del penado;

¹⁴⁴⁵ Así, será necesariamente de aplicación el régimen cerrado a los condenados a una pena superior a ocho años, mientras que la aplicación inicial del régimen abierto queda reservada a los no reincidentes cuya pena sea igual o inferior a cuatro años.

a través del trabajo en obras públicas, lo deja lejos del contagio negativo de la prisión y lo aproxima a la familia.

La aplicación y el cumplimiento de la pena privativa de libertad en régimen abierto para algunos sectores de la sociedad y para algunas autoridades del Estado, es lo mismo que dejar a los condenados impunes, generando un falso entendimiento de este valioso instituto de Derecho Penal. Sin embargo, la tasa casi inexistente de reincidencia, solamente 5 ó menos de un 10% de los condenados a este sistema de tratamiento vuelven a delinquir¹⁴⁴⁶.

El régimen de prisión abierta resulta de un sistema progresivo de la semilibertad, pudiendo el sentenciado ser llevado directamente a él, o sea, en complemento y/o sustituto de la sanción privativa de libertad.

El libramiento condicional forma parte de la última etapa de la progresividad del tratamiento institucional de la pena privativa de libertad, medida sustitutiva que asegura a los detenidos un retorno más rápido a la vida en sociedad libre¹⁴⁴⁷.

4. Colombia

El sistema progresivo ya se recogía en el código de Régimen Carcelario de 1934 (decreto ley 1405). En éste influyó el Proyecto de Código de 1921 de Enrique Ferri, el Reglamento de Rocco y Novelli, el Código de Ejecución de Sanciones de Cuba de 1936 y varios reglamentos anteriores de Colombia. El

¹⁴⁴⁶ FURTADO MAIA NETO, C., “De la prisión a las alternativas: la abolición de la pena”. <http://www.monografias.com/trabajos916/de-la-prision/de-la-prision2.shtml#xmedida>, consulta 28/6/2010

¹⁴⁴⁷ En el derecho penal brasileño, el Libramiento Condicional está previsto en el artículo 83 hasta 90, de la ley n. 7209/84, artículo s 710/733 del Código del Proceso Penal, y 131/146 de la Ley de Ejecución Penal, a los condenados primarios se le concede el beneficio-directo, cuando cumplida más de un tercio de la pena privativa de libertad, y a los catalogados como reincidentes, necesitan cumplir más de la mitad, en ambos casos, exigiese la comprobación de comportamiento carcelario satisfactorio.

Código de Régimen carcelario y penitenciario (decreto ley 1817 de 1964) se estableció la concreción de los principios que orientan el sistema progresivo.

Con un fuerte acento positivista en su legislación penal, padece casi todos los problemas conocidos, como son el de hacinamiento, falta de presupuesto, clasificación, etc. Los centros penitenciarios son gestionados por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC).

La Constitución política de 1991 supuso un profundo cambio en la estructura jurídica del Estado colombiano al recoger una serie de principios y de garantías necesarios para el desarrollo legislativo, judicial y administrativo, integrando de manera efectiva valores superiores. La necesidad de acomodar la normativa penitenciaria de 1964 al nuevo texto constitucional determinó la aprobación del vigente Código Penitenciario y Carcelario de 1993¹⁴⁴⁸ que, pese a las mejoras que introduce, no mitiga la dramática situación carcelaria colombiana y el fracaso de la política penitenciaria llevada a cabo por el gobierno¹⁴⁴⁹.

La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección del condenado (art. 3 Código Penal). La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión, esta última se realiza a través del tratamiento penitenciario en un sistema progresivo, programado e individualizado cuyo objetivo es preparar al condenado para la vida en libertad. Tal resultado se busca a través la educación, el trabajo, la actividad cultural, recreativa,

¹⁴⁴⁸ Ley 65, de 19 de agosto de 1993, por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario (Diario Oficial nº 40.999, de 20 de agosto de 1993)

¹⁴⁴⁹ Sobre Colombia hasta 1985 se puede ver GARCÍA VALDÉS, C., “Un modelo penitenciario en transición: Colombia”. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Fasc. I, Madrid, 1988, pág. 181 y ss. . Más actual en TÉLLEZ AGUILERA, A. “Derecho Penitenciario Colombiano: una aproximación desde la experiencia española”. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLIX, Fasc. II, Madrid 1996, págs. 612 y ss.

deportiva y las relaciones de familia. Por tanto, la ejecución debe dirigirse primordialmente a la reinserción social o resocialización.

En este país el sistema penitenciario y carcelario se rige por la Ley 65/1993, de 19 de agosto, (Código Penitenciario y Carcelario). Éste regula el cumplimiento de las medidas de aseguramiento, la ejecución de las penas privativas de libertad personal y de las medidas de seguridad, el mecanismo de la seguridad electrónica y la ejecución del trabajo social no remunerado. Dispone además de un Reglamento General y uno interno para cada establecimiento de reclusión, los cuales regulan la vida del interno en la prisión.

El tratamiento penitenciario se basa en el estudio científico de la personalidad del interno, es progresivo, programado e individualizado hasta donde sea posible, y tiene como objetivo el de preparar al condenado mediante su resocialización para la vida en libertad. La educación y el trabajo constituyen la base fundamental de la resocialización o reinserción social.

La familia es parte fundamental en la resocialización del recluso. Lamentablemente, la ausencia de políticas razonables relacionadas con los traslados y la fijación de establecimiento para el cumplimiento de la pena privativa de libertad hace que, en la mayoría de los casos, se aleje a los internos de su núcleo familiar o de su lugar de origen¹⁴⁵⁰.

El tratamiento progresivo está integrado por las siguientes fases:

- Observación, diagnóstico y clasificación del interno.
- Alta seguridad que comprende el periodo cerrado.
- Mediana seguridad que comprende el periodo semiabierto.
- Mínima seguridad o periodo abierto.

¹⁴⁵⁰ VVAA, *Sistema penitenciario*, op. cit., pág. 169

- De confianza, que coincidirá con la libertad condicional.

El objetivo del tratamiento penitenciario es preparar al condenado, mediante resocialización, para la vida en libertad.

La libertad preparatoria se concede al condenado que no goce libertad condicional y a quien haya descontado las cuatro quintas partes de la pena efectiva, para que pueda trabajar en fábricas, empresas o con personas de reconocida seriedad y siempre que colaboren con las normas de control establecidas al efecto. En los mismos términos se concederá a los condenados con el fin de que puedan continuar sus estudios profesionales en universidades oficialmente reconocidas.

El trabajo y el estudio sólo podrán realizarse durante el día. El condenado debe regresar al centro de reclusión para pernoctar en el mismo. Los sábados, domingos y festivos permanecerán en el centro de reclusión.

Los establecimientos penitenciarios se dividen cárceles, destinadas a la detención preventiva, previstas exclusivamente para retención y vigilancia. Las penitenciarías son establecimientos destinados a la reclusión de condenados y en las cuales se ejecuta la pena de prisión, mediante un sistema gradual y progresivo para el tratamiento de los internos. Los centros de reclusión son de alta, mediana y mínima seguridad (establecimientos abiertos). También existen Colonias agrícolas, que son establecimientos destinados preferentemente a condenados de extracción campesina o para propiciar la enseñanza agropecuaria.

La concesión de permisos de salida ordinarios en la legislación penitenciaria colombiana requiere del condenado su clasificación en la fase de “mediana seguridad”, que comprende el período semiabierto, dentro del sistema de tratamiento progresivo establecido en el art. 144 del Código Penitenciario y Carcelario de 1993¹⁴⁵¹. En efecto, ubicado en el Título XIII de la

¹⁴⁵¹ Las fases que contempla este precepto son las siguientes: 1. Observación, diagnóstico y clasificación del interno; 2. Alta seguridad que comprende el período cerrado; 3. Mediana seguridad que comprende el período

Ley, relativo al Tratamiento Penitenciario, el art. 147 prevé la concesión de permisos de hasta setenta y dos horas, con la regularidad que se establezca y sin vigilancia, a los condenados que, habiendo descontado una tercera parte de la pena impuesta, no teniendo requerimientos de ninguna autoridad judicial ni registrado fuga ni tentativa de ella, hubiesen trabajado, estudiado o enseñado durante la reclusión y observado buena conducta, se hallasen en la fase de mediana seguridad.

Junto a esta previsión, la política dirigida a descongestionar los establecimientos penitenciarios del país supuso la aprobación de la Ley 415 de 1997¹⁴⁵² y, con ella, la introducción de los arts. 147-A y 147-B en el Código Penitenciario y Carcelario. Conforme a los mismos, la no concesión del beneficio de la libertad condicional abre una nueva vía de otorgamiento de salidas, condicionadas, eso sí, al cumplimiento de determinados requisitos. La extinción de las cuatro quintas partes de la condena, la buena conducta y el no tener orden de captura vigente, permiten al condenado obtener permisos de salida sin vigilancia durante quince días continuos - con un máximo de sesenta días al año-, pudiendo ser de fin de semana -otorgados cada dos semanas y por el período que reste de la condena- “con el fin de afianzar la unidad familiar y procurar su readaptación social”¹⁴⁵³.

semiabierto; 4. Mínima seguridad o período abierto; 5. De confianza, que coincidirá con la libertad condicional.

¹⁴⁵² Publicada en el Diario Oficial n° 43.199, de 23 de diciembre de 1999, “por la cual se consagran normas de alternatividad en la legislación penal y penitenciaria y se dictan otras disposiciones tendentes a descongestionar los establecimientos carcelarios del país”.

¹⁴⁵³ Del tenor del art. 64 del Código penal colombiano, según el cual “el juez podrá conceder la libertad condicional al condenado a pena privativa de la libertad previa valoración de la gravedad de la conducta punible, cuando haya cumplido las dos terceras partes de la pena y su buena conducta durante el tratamiento penitenciario en el centro de reclusión permita suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar la ejecución de la pena”, y su concesión “estará supeditada al pago total de la multa y a la reparación a la víctima”, puede colegirse que los beneficiarios de los permisos de salida antes reseñados no son otros que aquellos que no han satisfecho la multa

5. Costa Rica

El art. 51 del Código Penal establece que se debe ejercer sobre el condenado una acción rehabilitadora. Por tanto el objetivo fundamental de la pena es la rehabilitación. Dentro de las competencias de la Dirección General de Adaptación Social, Ley N° 4762, están las funciones de custodia y tratamiento de las personas procesadas y sentenciadas del sistema penitenciario.

Al ingresar una persona en un centro penitenciario para cumplir una pena, los funcionarios técnicos le realizan una valoración inicial y le asignan un plan de atención técnica, el cual consiste en ubicar al penado en una o varias áreas específicas tales como la educativa, trabajo, atención a la violencia, violencia sexual, etc. El art. 68 del Reglamento Orgánico y Operativo de la Dirección General de Adaptación Social señala: “La atención técnica de la persona privada de libertad es el proceso permanente y periódico de observación, intervención y análisis del desenvolvimiento según los ejes temáticos o área en las que ha sido abordado por el equipo técnico”.

En la vía administrativa se establece el beneficio del cambio de modalidad del custodia, la ubicación en comunidad, el beneficio del descuento de sentencia por trabajo directo y el derecho de gracia o indulto. En la vía judicial, se concede el beneficio de libertad condicional (art. 64 Código Penal). Existe el beneficio de descuento de sentencia por días trabajados, por cada dos días de trabajo se quita otro de la pena.

A partir del cumplimiento del primer tercio de la pena, las personas privadas de libertad tienen la posibilidad (previa valoración técnica) de ser beneficiadas con cambio de modalidad de custodia con el traslado al nivel semiinstitucional,

impuesta, no han procedido a la reparación de la víctima, o han merecido una valoración negativa debido a la gravedad del delito cometido. La última redacción de este precepto lo es conforme al artículo 5 de la Ley 890 de 2004, publicada en el Diario Oficial No. 45.602, de 7 de julio de 2004, “Por la cual se modifica y adiciona el Código Penal”.

en el cual pueden salir a trabajar sin custodia y regresar al centro a dormir, y los fines de semana deben pernoctar en su domicilio. El consejo de valoración del centro semiinstitucional puede recomendar la ubicación de una persona en el nivel de comunidad, con lo cual la persona solamente se presenta a dormir por la noche¹⁴⁵⁴.

6. Ecuador¹⁴⁵⁵

La Constitución Política de la República del Ecuador adoptada en 1998 establece los principios fundamentales que rigen las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, así como entre los ciudadanos. La filosofía del régimen penitenciario se establece en esta Constitución en su art. 208 que determina que: *“El sistema penal y de internamiento tendrán como finalidad la educación del sentenciado y su capacitación para el trabajo, a fin de obtener una rehabilitación que permita una adecuada reincorporación social...”*.

Las prisiones están bajo el control del Consejo Nacional de Rehabilitación Social, Dirección Nacional de Rehabilitación Social y Centros de Rehabilitación Social. Respecto a la legislación cabe destacar el Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social y el Reglamento que la desarrolla.

El sistema penitenciario utiliza el régimen progresivo que consiste en:

- La individualización del tratamiento.

¹⁴⁵⁴ La libertad condicional según el art. 64 del Código Penal es un beneficio concedido por el Juez de Ejecución de la Pena cuando el penado haya cumplido la mitad de la pena, que no haya sido condenado anteriormente con pena mayor de seis meses y que cuente con informes favorables por parte del INC (segunda instancia en materia disciplinaria y administrativa) y con el criterio técnico favorable del funcionario judicial.

¹⁴⁵⁵ Ver PONTÓN, JENNY Y TORRES, ANDREINA, “Cárceles en Ecuador: los efectos de la criminalización por drogas”, *Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, N° 1, Quito, Ecuador, Mayo 2007, pág. 55-73

- La clasificación biotipológica delincuencial.
- La clasificación de los Centros de Rehabilitación Social.
- La adecuada utilización de los recursos en beneficio del interno.

El régimen utilizado está basado en el siguiente procedimiento:

-Diagnóstico, estudiando el delito, situación sociofamiliar y económica del penado, así como el estudio médico y sociológico. Se realiza la definición del mecanismo criminodinámico y definición del índice de peligrosidad.

-Pronóstico, estableciendo las escalas de peligrosidad en base al índice de adaptación para la progresión en el sistema.

Ubicación poblacional en base a la siguiente clasificación: por estructura normal, por inducción, por inadaptación, por hipoevolución estructural y por psicopatía.

El objetivo que persigue el sistema penitenciario es la rehabilitación integral de los internos, proyectada hacia su reincorporación a la sociedad, y a la prevención de la reincidencia y habitualidad, con miras a obtener la disminución de la delincuencia.

Los centros se dividen de la siguiente forma:

- De seguridad máxima, en los cuales prima el aislamiento, la disciplina y la custodia. La distribución de los internos se efectúa en grupos no mayores de veinte personas.
- De seguridad mediana, en los cuales prima el trabajo y la educación. La distribución se efectúa en grupos no mayores de cien personas.
- De seguridad mínima, en los que prima el trabajo y la educación para internos autocontrolados. La distribución de los internos se realiza en grupos homogéneos no mayores de diez personas. En este nivel se organizarán y funcionarán las fases de

prelibertad y libertad controlada en cualesquiera de sus formas.

7. El Salvador

La Constitución de este país reconoce el principio de readaptación de los delincuentes, de tal suerte, que concibe a las personas privadas de libertad como sujetos de derechos, a los que únicamente se les ha suspendido de forma temporal su libertad ambulatoria y los cuales son merecedores de una especial protección por parte del Estado que las tiene bajo custodia.

La Ley Penitenciaria fue aprobada por Decreto Legislativo número 1027 de 24 de abril 1997, también existe un Reglamento General de la Ley Penitenciaria que la desarrolla aprobado por Decreto Ejecutivo del Ministerio de Gobernación del año 2000.

La Ley Penitenciaria desarrolla el texto constitucional estableciendo en su art. 2: “La ejecución de la pena deberá proporcionar al condenado condiciones favorables a su desarrollo personal, que le permitan una armónica integración a la vida social al momento de recobrar la libertad”. Por otra parte, el art. 4 de misma determina el principio de legalidad: *“La actividad penitenciaria se deberá fundamentar en la Constitución de la República, en esta Ley, en los reglamentos dictados conforme a ella y en las sentencias judiciales. Ningún interno podrá ser obligado a realizar una actividad penitenciaria, a omitir el ejercicio de un derecho, o a cumplir una medida disciplinaria, si esta restricción, mandato o medida no han sido previstos en aquéllos”*.

También se regula en la legislación salvadoreña la participación de la sociedad en el proceso de ejecución de las penas privativas de libertad (principio de participación comunitaria) en su art. 7 donde se ordena que la Dirección General de Centros Penales deberá incluir en la planificación de actividades de educación, trabajo, asistencia y, en general, cualquier actividad de la ejecución de la pena y medida de

seguridad que lo permita, o durante la detención provisional, la colaboración y participación activa de patrones y asociaciones civiles de asistencia, cuya personalidad jurídica le corresponde otorgarla el Ministerio de Seguridad Pública y Justicia (art. 15 LP).

Por tanto, como hemos indicado, la Constitución en su art. 27, inciso tercero dispone que el Estado salvadoreño deberá organizar los centros penitenciarios con la finalidad de corregir las conductas delictivas de las personas que actúan al margen de la ley, así como educarlos y fomentarles hábitos de trabajo con el fin de lograr su readaptación social y la prevención del delito. Así pues, la naturaleza y finalidad de la pena de prisión no es el castigo de los delincuentes, si no la reeducación de los mismos y la prevención de nuevos delitos, por ello todas las decisiones y acciones efectuadas por la administración de los centros penitenciarios deben estar encaminadas al logro de este gran objetivo. Según establece la Ley Penitenciaria existen los siguientes tipos:

- Centros de admisión
- Centros preventivos
- Centros de cumplimiento de penas
- Centros ordinarios
- Centros abiertos
- Centros de detención menor
- Centros de seguridad.

La Ley Penitenciaria establece la ejecución progresiva de la pena como las “fases del régimen penitenciario”, las cuales son de carácter y competencia exclusivamente administrativa. En su art. 95 se fijan las cuatro fases de la ejecución de la pena en el sistema penitenciario salvadoreño: adaptación, ordinaria, confianza y semilibertad. De conformidad con el art. 96 la adaptación no deberá durar más de 60 días; el Consejo Criminológico competente elaborará un informe sobre la aptitud del interno para pasar a la ordinaria, si es negativo, se apelará al Consejo Nacional. En la ordinaria se encuentra alrededor del

96,43% de la población reclusa¹⁴⁵⁶. La fase de confianza consiste en conceder al interno permisos de salida, mayor opción a puestos de trabajo de responsabilidad, se le aumenta el número de visitas de familiares y amigos y mayor libertad ambulatoria en las instalaciones del centro penitenciario. Con diversas reformas realizadas, la ya limitada ejecución progresiva de la pena ha quedado en manos de la Administración penitenciaria, puesto que el ascenso a al fase de confianza, a la que se puede aspirar con sólo mostrar “avances en el desarrollo de la personalidad” sin el cumplimiento de requisitos temporales, es ahora decisión exclusiva del Consejo Criminológico Nacional.

La legislación salvadoreña contempla las fases de confianza y semilibertad que se asemejarían al tercer grado en España, pero su aplicación es mínima¹⁴⁵⁷. Estar en una de estas fases es requisito para obtener la libertad condicional, por lo que el acceso a estas fases esté bloqueado supone que no puedan acceder tampoco a la libertad condicional.

El sistema progresivo puro implantado por la legislación penitenciaria salvadoreña determina que el art. 95 del Decreto Legislativo de 1997¹⁴⁵⁸ prevea que la ejecución de la pena de prisión se realice a través de fases. De las cuatro existentes -de adaptación, ordinaria, de confianza y de semilibertad-, sólo las dos últimas posibilitan el acceso del interno a permisos de

¹⁴⁵⁶ VVAA, *Sistema penitenciario*, op. cit, pág. 220

¹⁴⁵⁷ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. A., “Las prisiones de El Salvador”. <http://cj-worldnews.com/spain/index.php/criminologia/justicia/item/2078-las-prisiones-de-el-salvador>. : “Según me informó un alto cargo de la Dirección General de Centros Penales alrededor de 600 personas estarían en alguna de estas fases, según otras fuentes unas 200, en cualquier caso el porcentaje es bajísimo, entre 0,8% – 2,4% según las distintas fuentes. Para hacernos una idea en España estamos en torno al 18% de internos en tercer grado y se considera un porcentaje muy bajo dentro del entorno europeo más desarrollado”.

¹⁴⁵⁸ Modificado por el Decreto Legislativo núm. 444, de 31 de octubre de 2007, publicado en el Diario Oficial núm. 221, tomo 377, de 27 de noviembre de 2007

salida¹⁴⁵⁹. En estas fases el interno puede realizar trabajos fuera del centro penitenciario. Según los arts. 77 y 78 la fase de semilibertad se debe cumplir en centros abiertos o de detención menor, pero éstos no existen en el sistema salvadoreño. En la práctica, las fases de confianza y semilibertad, se ejecutan en los

¹⁴⁵⁹ Las fases del régimen penitenciario salvadoreño son las siguientes:

1ª. Fase de adaptación. Tendrá una duración máxima de 60 días prorrogables por otros tantos. Tiene por objeto lograr la adaptación de los internos a las condiciones de vida en el centro al que fueren destinados. Como curiosidad señalar que las sanciones disciplinarias impuestas durante este período no se harán constar en el expediente personal del interno.

2ª. Fase ordinaria. Tiene por objeto lograr una convivencia carcelaria en forma armónica y ordenada, fomentando en el interno el respeto de si mismo y el desarrollo del sentido de responsabilidad. Esta fase se extenderá desde la finalización del período de adaptación hasta el ingreso a la fase de confianza.

3ª. Fase de confianza. Objeto promover y motivar en los internos el establecimiento de relaciones formales con la comunidad externa a fin de facilitar y fortalecer su proceso de reinserción social y familiar.

El interno podrá disfrutar de permisos de salida. Se aumentará el número de visitas familiares y de amigos. Disfrutará de mayores facilidades para su libertad ambulatoria dentro del centro.

Condiciones:

Haber cumplido la tercera parte de la pena. Este requisito puede omitirse, pero únicamente en casos especiales.

Mostrar avances en el desarrollo de la personalidad.

4ª. Fase de semilibertad. Objetivo dar oportunidad al interno de poner en práctica la capacidad de reinserción social positiva, fortaleciéndose dentro del período de entrenamiento previo a su reinserción definitiva a la comunidad. El condenado podrá realizar trabajos fuera del centro. Podrá gozar de permisos de salida más amplios que los de la fase de confianza. Los internos gozarán de amplia libertad para recibir visitas, salvo por razones de disciplina y orden. Los internos serán alojados en centros abiertos o en centros de detención menor.

Condiciones: Cumplidas con las dos cuartas partes de la pena o seis meses antes de la fecha en que el interno se pueda beneficiar con la libertad condicional.

mismos centros penales, en especial, los de cumplimiento de penas, uno de sus “sectores” que acondicionan para esta fase¹⁴⁶⁰.

El demostrar avances en el desarrollo de la personalidad y el haber cumplido la tercera parte de la pena son las condiciones exigidas por el art. 99 para el ingreso en la fase de confianza, en la que se produce una flexibilización de la disciplina y la concesión de mayores facultades al condenado, siendo el disfrute de permisos de salida una de las previstas en el art. 98. No obstante, en casos especiales, atendiendo a las circunstancias personales del condenado, las del hecho cometido, la duración de la pena o los méritos demostrados en el régimen ordinario, el Consejo Criminológico Regional puede decidir que el ingreso en esta etapa del régimen se produzca con anterioridad a la extinción de la tercera parte de la condena.

La fase de semilibertad, a la que se accede cumplidas las dos cuartas partes de la pena o seis meses antes de la fecha en que el interno pueda beneficiarse de la libertad condicional (art. 100), entraña que el condenado “pueda gozar de permisos de salida más amplios que los de la fase de confianza” (art. 101).

Los permisos de salida son prácticamente inexistentes, sólo pueden disfrutarse en las fases de confianza y semilibertad, no en la ordinaria como si ocurre en España. Los motivos para su concesión están tasados (familiar, formativo, médico o laboral), en el caso de un permiso para trabajar implica como regla general el encierro nocturno (de 6 de la noche a 6 de la mañana) y de fin de semana.

En esta fase el interno puede realizar trabajos fuera del centro penitenciario. Según los arts. 77 y 78 la fase de semilibertad se debe cumplir en centros abiertos o de detención menor, pero éstos no existen en el sistema salvadoreño. En la práctica, las fases de confianza y semilibertad, se ejecutan en los mismos centros penales, en especial, los de cumplimiento de penas, uno de sus “sectores” que acondicionan para esta fase¹⁴⁶¹.

¹⁴⁶⁰ VVAA, *Sistema penitenciario, op. cit.*, pág. 220

¹⁴⁶¹ VVAA, *Sistema penitenciario, op. cit.*, pág. 220

8. México

A nivel federal, en México la normativa que establece las directrices para la ejecución de las penas privativas de libertad están contenidas en la Constitución, en la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de los Sentenciados y la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

El art. 18 de la Constitución establece que los Gobiernos de la Federación y de los Estados son los responsables de organizar el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente; de esta forma la readaptación se inscribe como uno de los fines esenciales de la pena de prisión y se establece como derecho fundamental. La pena tiene como objetivo primordial no el castigar, sino que se trata de brindar al penado un tratamiento que permita reinsertarlo a la sociedad, mediante la modificación de los factores que lo condicionaron para delinquir. La Ley. Por tanto al Estado le corresponde garantizar la seguridad pública, que no sólo abarca la prevención, persecución y sanción de las infracciones y delitos, sino también la reinserción social del delincuente a la sociedad. El trabajo y la capacitación para el mismo son pilares fundamentales que contribuyen a lograr la readaptación social del interno.

De acuerdo a la constitución mexicana y a la perspectiva oficial, los reclusorios son centros de readaptación social. Por lo tanto, el objetivo de la condena es en primera instancia la reforma de la conducta de los internos. Para ello existen programas de educación, entrenamiento y trabajo. Las normas consideran a estas actividades como requisitos para poder otorgar a los internos beneficios de preliberación¹⁴⁶².

Los primeros antecedentes de régimen progresivo en México se encuentran en el Código Penal de 1871, de Antonio

¹⁴⁶² BERGMAN, MARCELO y AZAOLA, ELENA, “Cárceles en México: Cuadros de una crisis”, *Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*. N° 1, Quito, Ecuador, Mayo 2007, pág. 83

Martínez de Castro, donde si bien se acentúa el sistema filadélfico, o celular, de aislamiento absoluto, se prevén algunas fases intermedias, incluido el permiso para que el interno abandone la prisión durante el día con reclusión nocturna. Sistema similar tuvo el código positivista de José Almaraz de 1929. El Código de 1931, de carácter ecléctico, se fundó en el sistema belga de clasificación e individualización administrativa de la pena.

A pesar de las disposiciones avanzadas, con respecto a clasificación y tratamiento penitenciario, el código no adoptó el sistema progresivo. Este se implanta en la Ley de Normas Mínimas (LNM), del año 1971. Se establece que el mismo tendrá carácter progresivo y técnico, constando por lo menos, de períodos de estudio y diagnóstico y de tratamiento, dividido este último en fases de tratamiento en clasificación preliberacional (art. 7). Esta es la columna vertebral del sistema. Se considera técnico, porque se debe contar con la aportación de diversas ciencias y disciplinas pertinentes a la readaptación social del delincuente e individualizado al tenerse en cuenta sus circunstancias personales, ya que la ley establece estudios de personalidad (segundo párrafo art. 7).

El concepto de *prelibertad* o de libertad que se anticipa al cumplimiento total de la pena de prisión impuesta es aquel beneficio que se otorga a los internos sentenciados cuando han cumplido con los requisitos establecidos en las legislaciones correspondientes, y a juicio de la autoridad ejecutoria se les considera readaptados socialmente. Estos beneficios juegan un papel fundamental en el proceso de readaptación social, pues el recluso debe mostrar que el tratamiento que se le ha proporcionado ha logrado inculcarle la voluntad de vivir conforme a la ley.

En la LNM se establecen dos tipos o modalidades de beneficios de libertad anticipada que se encuentran previstos en la mayoría de las entidades de la República, los cuales son: el tratamiento preliberacional y la remisión parcial de la pena por su parte el Código Penal Federal en su art. 86 prevé la libertad preparatoria.

El tratamiento preliberacional presenta varias fases que pueden consistir en información y orientación especiales; discusión con el interno y sus familiares de los aspectos personales y prácticos de su vida en libertad; concesión de mayor libertad dentro del establecimiento; traslado a la instituciones abiertas; permisos de salida de fin de semana o diaria con reclusión nocturna, o bien de salida de días hábiles, con reclusión de fin de semana (art. 8 LNM).

La LNM establece: *“la creación en cada reclusorio, de un Consejo Técnico Interdisciplinario, con funciones consultivas necesarias para la aplicación individual del sistema progresivo, la ejecución de medidas preliberacionales, la concesión de la remisión parcial de la pena y de la libertad preparatoria y la aplicación de la retención. El Consejo podrá sugerir también a la autoridad ejecutiva del reclusorio medidas de alcance general para la buena marcha del mismo”* (art. 9, primer párrafo).

Se utilizan métodos individuales y colectivos de terapia, tendientes a reafirmar la solidaridad del hombre con sus semejantes y a fortalecer su conciencia de pertenencia al propio núcleo social. Concesiones de mayores libertades dentro del propio establecimiento. Permiso de salida de fin de semana o diaria con reclusión nocturna, o bien salidas los días hábiles con reclusión de fin de semana. También se puede utilizar el traslado a instituciones de tipo abierta.

La primera experiencia de cárcel abierta en México fue la que se inauguró en Almoloya de Juárez, Toluca, Estado de México. Comenzó en el año 1968, con el otorgamiento de permisos para la salida en los fines de semana, con excelentes resultados, en una primera etapa de cumplimiento de un régimen preliberacional. Después se inauguró el establecimiento abierto, separado de la prisión del mismo nombre y en donde los internos podían trabajar de lunes a viernes o de lunes a sábado en una empresa o fábrica fuera de la prisión, a la que regresan en la noche para dormir única y exclusivamente. También pueden estar en la institución los sábados en la tarde o los domingos.

Los individuos que ingresaron a este sistema abierto habían sido previamente estudiados por el Consejo Técnico interdisciplinario de Trabajo Social, Psiquiatría y Psicología.

La institución funciona como la última fase del sistema progresivo, en el régimen de preliberación. Los internos tienen que haber cumplido las dos terceras partes de la sentencia, conforme a los aspectos jurídicos. En cuanto a los criminológicos se tienen en cuenta las siguientes pautas:

- haber observado lo establecido en la ley de normas mínimas en lo que se refiere a su estabilidad laboral, escolaridad, buena conducta y aprobación del Consejo Técnico Interdisciplinario en la supuesta resocialización
- adaptación a la vida en sociedad conforme al estudio de personalidad
- encontrarse sano física y psicológicamente
- tener relaciones familiares adecuadas, de forma que se pueda adaptar al núcleo familiar y conducirse positivamente en relación al mismo ya la sociedad
- haberse resuelto el problema victimológico para evitar posibles delitos del ofendido contra el interno o de familiares de aquel o del recluso contra la víctima o sus familiares.
- Las modalidades del trabajo son diferentes, en algunos casos consiste en:
 - trabajo en la institución con salida diurna y reclusión nocturna
 - salida de dos días a la semana
 - salida de fin de semana con su familia
 - salida de toda la semana con reclusión al finalizar la misma o presentación cada quince días.

La libertad preparatoria se concede a los penados que han cumplido un porcentaje de la condena que fluctúa, dependiendo de la legislación, entre las dos quintas partes y las dos terceras partes; en algunos casos, el lapso para tal efecto varía y depende

de que el delito cometido haya sido culposo o doloso, en este último supuesto el tiempo cumplido necesario para estar en posibilidad de obtener dicho beneficio es menor.

Para el otorgamiento de los beneficios de libertad anticipada se requiere que el interno haya observado buena conducta durante la ejecución de su sentencia, que de acuerdo con los resultados del examen de su personalidad se presuma que está socialmente readaptado y en condiciones de no volver a delinquir, y que, de ser el caso, haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado.

Se establecen exclusiones para el otorgamiento de alguno de los beneficios de libertad anticipada; principalmente, cuando se trata de reos reincidentes, habituales o para los que han cometido delitos graves, tales como homicidio calificado, violación, privación ilegal de la libertad en su modalidad de secuestro, robo calificado o delincuencia organizada, entre otros.

Se prevé la facultad de la autoridad ejecutora de modificar la aplicación de las penas impuestas por el órgano jurisdiccional, en aquellos casos en los que el interno sentenciado acredite que no le es racionalmente posible cumplirla por ser incompatible con su edad, sexo, estado de salud o constitución física.

Otro modelo de cárcel abierta se encuentra en Cuernavaca, Morelos, señalándose que los reos podrán salir durante la semana a trabajar y atender a su familia y únicamente los sábados y domingos permanecerán encerrados. Se trata de una reclusión de fin de semana, a los que les falta un año para adquirir su libertad preparatoria y han tenido buen comportamiento en la prisión.

De acuerdo a la constitución mexicana y a la perspectiva oficial, los reclusorios son centros de readaptación social. Por lo tanto, el objetivo de la condena es en primera instancia la reforma de la conducta de los internos. Para ello existen programas de educación, entrenamiento y trabajo. Las normas consideran a estas actividades como requisitos para poder otorgar a los internos beneficios de preliberación.

Las reformas a los códigos penales que tuvieron lugar a partir de 1994 mediante las cuales se tipificaron como graves una gran cantidad de delitos dando como resultado que se elevaran las penas. Asimismo, diversos delitos quedaron exentos de la posibilidad que se otorgaran beneficios de preliberación a quienes los cometieran, incrementándose, considerablemente, su permanencia en prisión. Es el caso de los delitos contra la salud (tráfico de drogas) para los que no se admite reducción de la pena impuesta por los jueces.

Quienes finalmente resuelven sobre la permanencia de los internos en prisión no son los jueces, sino el personal técnico de los centros penitenciarios que cuenta con amplias facultades para conceder o negar los beneficios de preliberación. Ello ocasiona que las penas efectivas no necesariamente guarden proporción con la gravedad del delito y que los beneficios se otorguen de manera arbitraria e inoportuna, sobre todo si se considera que dicho personal tiene a su cargo la revisión de muchos más expedientes de los que puede tramitar¹⁴⁶³.

9. Nicaragua

Según el art. 39 de la Constitución en Nicaragua el sistema penitenciario es humanitario y tiene como objetivo fundamental la transformación del penado para reintegrarlo a la sociedad. Por medio del sistema progresivo se promueve la unidad familiar, la salud, la superación educativa, cultural y la ocupación productiva con remuneración salarial para el interno. Las penas tienen un carácter reeducativo.

La legislación penitenciaria se compone de la Ley 473/3003 del Régimen Penitenciario y Ejecución de la Pena y su Reglamento (Decreto 16/2004).

El tratamiento penitenciario consiste en el conjunto de actividades organizadas con el objetivo de desarrollar el

¹⁴⁶³ BERGMAN, MARCELO y AZAOLA, ELENA, “Cárceles en México: Cuadros de una crisis”, *Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, N° 1, Quito, Ecuador, Mayo 2007, pág. 78

autorespeto, responsabilidad individual y social del privado de libertad, con relación a su familia y a la sociedad en general, logrando con ello el alcance de los fines y objetivos de la reeducación social de los internos (art. 65 Ley de Régimen Penitenciario y Ejecución de la Pena). La participación del privado de libertad en el trabajo penitenciario es el elemento fundamental para hacer posible el tratamiento penitenciario.

Bajo el régimen progresivo se contemplan cinco modalidades: régimen de adaptación, laboral, semiabierto, abierto y el de convivencia familiar. En la primera se encuentran con un sistema cerrado de *máxima seguridad*. Una vez que han demostrado buena conducta acceden a una segunda etapa, en la que se les da la oportunidad de trabajar y se les permiten mayores privilegios y posibilidades de vista. En vez de una visita cada mes, pueden tener visitas cada dos semanas. A medida que van aceptando su culpabilidad y su situación, pasan a *la etapa semiabierta*, la cual supone grandes cambios en su vida. La seguridad es mínima: sólo un custodia armado, sin las medidas tradicionales comunes a los prisioneros -puertas de hierro, paredes altas, candados-. El penado trabaja en lo que se le indica y no hay autogestión. Es aquí donde condenado comienza el contacto con la sociedad para ir superando el estigma de la cárcel y donde se le comienza a dar permiso para ir a su casa.

Luego pasa al *régimen abierto*, donde hay ausencia total de medidas de seguridad y de vigilancia armada. Su gobierno es autogestionario, a través de un consejo de internos que se encarga de la distribución del trabajo, de la organización de las granjas agrícolas y del desarrollo de técnicas de cultivo para la obtención de mayores rendimientos. Los contactos y relaciones del interno con su familia y la comunidad son continuos. Se establecen visitas familiares una vez por la semana y salidas a la comunidad mensualmente. Igualmente, se le otorga permiso de salida de una semana de duración cada seis meses.

En la quinta y última etapa, después de haber cumplido el 60% de la condena, el interno va a su casa, quedando entonces únicamente sujeto a la vigilancia y regulaciones de la policía.

Muchas veces la transición de un régimen a otro se hace en períodos más cortos si la conducta del interno ha sido buena¹⁴⁶⁴.

Las diferentes modalidades de vida tienen como lógica avanzar hacia un menor control, es decir, van “progresando” hasta que pueda ser considerada una persona que no atenta contra los individuos y la sociedad en general. La condición indispensable para ser progresado en los distintos regímenes es presentar buena conducta y disciplina, además de otros condicionamientos propios de este tipo de instituciones. En la última modalidad las personas privadas de libertad pueden concluir su condena. Para pasar de un régimen a otro se cuenta con instancias correspondientes que se encargan de la evaluación de la persona y está contemplado en el reglamento del Sistema Penitenciario Nacional.

La salida anticipada como libertad condicional está contemplada en el régimen progresivo, como parte de las etapas de beneficios, previa a la libertad definitiva. Ésta tiene como objetivo fortalecer las relaciones del penado en su núcleo familiar.

10. Panamá

La Ley penitenciaria panameña¹⁴⁶⁵ establece en su art. 8 que “el sistema penitenciario se desarrollará bajo un sistema progresivo-técnico, en el que se distinguirá el periodo de observación o diagnóstico de tratamiento, el probatorio, de prelibertad y el de libertad vigilada y condicional”¹⁴⁶⁶, a lo que el art. 70 del Reglamento de 2005 añade que “*los internos pueden ser clasificados inicialmente en cualquiera de los*

¹⁴⁶⁴ “Las cárceles y la justicia en Nicaragua”. Revista Digital “Envío”. Universidad Centroamericana UCA. Managua. Nicaragua. N° 64. 1986.

¹⁴⁶⁵ Ley n° 55, de 30 de julio de 2003, “Que reorganiza el Sistema Penitenciario”, publicada en la Gaceta Oficial de 1 de agosto de 2003.

¹⁴⁶⁶ Conviene señalar que cada uno de estos períodos se divide, a su vez, en fases, siendo éstas “de seguridad máxima, mediana, mínima y de confianza” (arts. 8 de la Ley y 71 del Reglamento).

períodos excluido el de libertad condicional”¹⁴⁶⁷. No obstante, esta posibilidad, que acerca el sistema panameño al de individualización científica español, se quiebra con la previsión del art. 74.1 en tanto en cuanto “los internos que no hayan cumplido una cuarta parte de la condena no podrán ser clasificados inicialmente en los períodos de prelibertad ni de libertad vigilada, a no ser que sea la primera causa que cumplan y que cumpla en el caso, favorablemente valorada, la integración social, familiar y laboral”.

El sistema penitenciario de Panamá se encuentra fundamentado e el principio constitucional de seguridad, rehabilitación y defensa social, por lo que se prohíbe la aplicación de medidas que lesionen la integridad física, mental o moral de las personas privadas de libertad.

En el año 2003 se aprobó la Ley 55 que reorganiza el Sistema Penitenciario, donde hace un reconocimiento, como instrumento legal del interno, a los derechos humanos de las personas privadas de libertad y orienta el sistema hacia un penitenciarismo moderno y más humano.

El sistema penitenciario se fundamenta en los principios de seguridad, rehabilitación y defensa social, cuyo propósito fundamental es lograr la resocialización de las personas privadas de libertad sobre la base del respeto a los derechos humanos y de los lineamientos científicos y modernos en materia criminológica penitenciaria, de seguridad y administrativa.

El Reglamento Penitenciario establece dentro de la clasificación de los penados, el régimen del periodo de libertad vigilada, el cual se desarrolla en fases: la de seguridad mínima, de confianza y de casi libertad. Podrán ser clasificados en este régimen, los penados que puedan continuar cumpliendo condena en régimen de nula vigilancia, aunque sometidos a sistemas de control de la actividad en libertad, que permitan conocer la

¹⁴⁶⁷ Decreto Ejecutivo n° 393, de 25 de julio de 2005, “Que reglamenta el sistema penitenciario panameño”, publicado en la Gaceta Oficial n° 25.368, de 22 de agosto de 2005

evolución de cada caso y el uso que realiza el interno de la confianza de que disfruta. Los sistemas de control serán individualizados para garantizar su eficacia.

De los cinco períodos que conforman el “sistema progresivo-técnico” panameño, el de libertad vigilada entraña la aplicación del régimen “correspondiente a la confianza que el interno ha demostrado” (art. 71), siendo, como proclama el art. 173, el destinado a *“aquellos penados que pueden continuar cumpliendo condena en régimen de nula vigilancia, aunque sometidos a sistemas de control de la actividad en libertad que permitan conocer la evolución en cada caso y el uso que realiza el interno de la confianza de que disfruta”*. El cumplimiento de este periodo se efectúa en los Centros de Reinserción Social, esto es, en aquellas *“dependencias destinadas al tratamiento integral de las personas privadas de libertad, beneficiarias de permisos de salida laboral o permisos de salida por estudios”*, lo que no puede acontecer hasta que el cumplimiento de la mitad de la condena si son, precisamente, estos permisos los que han justificado la clasificación en dicho período (art. 174).

El periodo de libertad vigilada se divide, a su vez, en tres fases que, de forma progresiva, aumentan la esfera de libertad del interno y, con ello, la duración y periodicidad de los permisos. Así, la primera de ellas, esto es la fase “de seguridad mínima”, implica la efectiva comprobación de la existencia del trabajo o de los estudios que el interno va a cursar y el diseño de un plan de seguimiento por parte de la Junta Técnica, fijándose el horario de salidas que será el imprescindible para que el interno asista a las actividades programadas que hayan sido previamente confirmadas (art. 181.1). La progresión a la fase “de confianza”, reservada a aquellos penados que hayan evolucionado de forma positiva en la fase anterior, conlleva que el horario de salidas pueda flexibilizarse “permitiendo que el interno esté presente en actos de la vida social o familiar” (art. 181.2). Por último, la fase “de casi libertad” entraña las máximas facilidades en las salidas, debiendo respetarse, eso sí, el límite mínimo de estancia del interno en el centro penitenciario (art. 181.3).

Junto a estas salidas, el art. 183 prevé, así mismo, la posibilidad añadida de concesión de permisos de fin de semana a los clasificados en libertad vigilada, iniciándose éstas a las 4.00 pm horas del viernes y finalizando a las 6.00 pm horas del domingo.

11. Perú¹⁴⁶⁸

La Constitución Política de 1993 establece en su art. 139 que son principios y derechos de la función jurisdiccional: el derecho de los reclusos y sentenciados de ocupar establecimientos adecuados; el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. El interno forma parte de la sociedad y goza de sus derechos con las limitaciones que le imponen la Ley, la sentencia y el régimen de vida del establecimiento penal, de acuerdo con lo establecido en los arts. 21 y 22 del CP.

La Constitución reconoce en el mandato de resocialización un principio constitucional. Este carácter determina un efecto vinculante con respecto al legislador en materia penitenciaria y a los poderes públicos. De acuerdo con él, la legislación penitenciaria general y su aplicación deben estar en consonancia con los objetivos que establece la Constitución (reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad). El Estado debe dirigir su actuación a remover los obstáculos que impidan hacer efectivo el principio resocializador, y reducir los efectos desocializadores de la pena.

¹⁴⁶⁸ EFE.3/5/2010. En Perú hay aproximadamente unos 40.000 presos en los centros penitenciarios y afronta un problema de hacinamiento y de falta de fondos para administrar las existentes, incluso en cuestiones tan básicas como la alimentación de los reclusos, así como en la construcción de nuevos penales. Entre otras medidas que se han adoptado para afrontar el hacinamiento penitenciario incluyen los indultos, conmutación de penas, traslados de presos para cumplir sus sentencias a otros países y una propuesta para utilizar grilletes electrónicos para algunos internos. Por su lado, el director Nacional de Justicia, Daniel Figallo, expresó que más o menos hay entre "40 a 50 internos semanales que son conmutados"

El Tribunal Constitucional ha establecido que: “*de las exigencias de reeducaciónn, rehabilitación y reincorporación como fines del régimen penitenciario se deriva la obligación del legislador de prever un plazo para la culminación de la pena, de manera tal que permita al penado reincorporarse a la vida comunitaria*”. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional otorga un margen de discrecionalidad al legislador al momento de establecer o no beneficios penitenciarios a determinados tipos de condenados. Este tribunal niega el carácter de derecho fundamental a la finalidad reeducadora, rehabilitadota y de reintegración del condenado a la sociedad.

Las disposiciones que regulan la ejecución de penas se encuentran en el Código de Ejecución Penal (aprobado por Decreto Legislativo nº 654-JUST-91) y el Reglamento de ejecución de este último (aprobado por Decreto Supremo nº 015-2003-JUS). La legislación penitenciaria se inspira en la legislación nacional e internacional (Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de la ONU y en las Reglas Mínimas del Consejo de Europa). Ha tenido como fuentes a la Ley Orgánica Penitenciaria española de 1979, la alemana de 1976 y la sueca de 1974. Sin embargo, es preciso señalar que a partir de 1992, se dieron un conjunto de leyes especiales con una orientación muy marcada al concepto de seguridad¹⁴⁶⁹.

En este código se establece el tratamiento como el elemento esencial del sistema penitenciario, basado en el sistema progresivo moderno, siendo sus objetivos los indicados en la Constitución: la reeducación, la rehabilitación y la reincorporación del interno a la sociedad.

El Código de Ejecución Penal en el Título II, bajo el rótulo de régimen penitenciario, se establece el conjunto de normas esenciales que regulan la convivencia y el orden dentro de los establecimientos penales, así como los derechos y beneficios penitenciarios a los que puedan acogerse los internos: permisos de salida, redención de la pena por el trabajo y la

¹⁴⁶⁹ VVAA, *Sistema penitenciario, op. cit.*, pág. 330

educación, semilibertad, liberación condicional, visita íntima y otros beneficios penitenciarios.

Se regulan como beneficios, entre otros:

-La semilibertad que puede ser solicitada al cumplirse un tercio de la pena, con la finalidad de poder realizar actividades laborales o educativas.

-La liberación condicional, que puede ser solicitada al cumplir la mitad de la pena.

El juez evalúa si se cumplen los requisitos formales, pero su comprobación no obliga a conceder el beneficio. La concesión o denegación deben sustentarse en la existencia o no de la confianza en el magistrado de que una vez puesto en libertad, el interno no volverá a delinquir. Si bien es necesario acreditar una adecuada conducta en el penal y un avance en el tratamiento penitenciario. Asimismo, se ha establecido como un requisito adicional, para algunos delitos, el pago previo de la reparación civil o el otorgar alguna fianza.

El tratamiento penitenciario puede ser individualizado y grupal, y consiste en la utilización de métodos médicos, biológicos, psicológicos, psiquiátricos, pedagógicos, sociales, laborales y todos aquellos que permitan obtener el objetivo del tratamiento de acuerdo a las características propias del interno. El tratamiento se efectúa mediante el sistema progresivo.

Los establecimientos se clasifican en:

-Establecimientos de procesados. Destinados a la detención y custodia de interno en proceso de investigación y juzgamiento.

-Los establecimientos de sentenciados, son los destinados para el cumplimiento de las penas privativas de libertad y pueden ser de régimen cerrado, de régimen semiabierto y de régimen abierto.

-Establecimientos de mujeres

-Establecimientos especiales (centros hospitalarios, psiquiátricos y de rehabilitación social, y otros previstos en el art. 104 del Código de Ejecución Penal).

En el Código de Ejecución Penal, el régimen semiabierto se caracteriza por una mayor libertad en las actividades comunes, relaciones familiares, sociales y recreativas del interno, sin embargo hasta ahora este régimen sólo existe a nivel legal o normativo. Igualmente el régimen abierto se halla regulado en la ley penitenciaria nacional para los condenados a pena privativa de libertad (art.97, inc.3), aunque tampoco se ha logrado implementar en la realidad. El establecimiento de régimen abierto, caracterizado por estar exento de vigilancia, en que el interno se desenvuelve en condiciones similares a las de la vida en libertad (art.100) pero no hay ninguna prisión abierta. Este código en su art. 101, siguiendo los criterios anteriores estipula que: "*La Administración Penitenciaria promueve la creación de colonias o pueblos agrícolas..*" que pueden ser agropecuarios e industriales, en la que el interno con su familia desarrollan actividades laborales y de convivencia social. En este caso el interno deberá manifestar su conformidad para cumplir su pena en una colonia o pueblo agrícola, en caso de implementarse, pero dichas colonizaciones esperan su ejecución en un futuro todavía incierto¹⁴⁷⁰.

12. Venezuela.

La Ley de Régimen Penitenciario de 1961, establecía en su art. 7 que el sistema gradualmente progresivo estuviese "encaminado a fomentar en el penado el respeto a sí mismo". Eran básicos los conceptos de responsabilidad y convivencia sociales y la voluntad de vivir conforme a la ley". A su vez el art. 68 indicaba la adecuación de los postulados a cada caso, intentando medidas de cumplimiento de la pena más próxima a la libertad total.

¹⁴⁷⁰ SOLÍS ESPINOZA, A., *Política penal y política penitenciaria*, Universidad Católica de Perú. Septiembre, 2008, págs. 16-17

El régimen progresivo en este país estaba basado en los principios clásicos de la observación y clasificación seguida de fase de designación y agrupación, otra de mejoramiento de la agrupación, una tercera de semilibertad, consistente en permisos transitorios de salida y trabajo extramuros y finalmente la libertad condicional.

El tratamiento penitenciario debía procurar durante el periodo de internamiento la reorientación de la conducta del recluso con miras a un tratamiento integral a cuyos fines se dispensan asistencia integral a través de las siguientes medidas: clasificación, agrupación, trabajo, educación, condiciones de vida intramuros, asistencia médica, odontológica y social, así como asesoramiento jurídico.

Los sistemas y tratamientos penitenciarios son concebidos para su desarrollo progresivo, buscando fomentar en el penado el respeto así mismo, los conceptos de responsabilidad y convivencia social e inducirlos a convivir conforme a la ley.

La clasificación penitenciaria debe realizarse en el plazo máximo de tres meses para realizar la individualización del tratamiento.

Establece diversos tipos de establecimientos, entre ellos los abiertos, que se caracterizan por la ausencia de precauciones materiales contra la evasión por ser un régimen basado en el sentido de autodisciplina de los penados, dentro de ellas están las Colonias Agrícolas.

Actualmente, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra en su art. 272, los principios que rigen y fundamentan la política penitenciaria del país, la cual se sustenta en la rehabilitación para la reinserción social.: “El Estado garantizará un sistema penitenciario que asegure la rehabilitación del interno o interna y el respeto a sus derechos humanos. Para ello, los establecimientos penitenciarios contarán con espacios para el trabajo, el estudio, el deporte y la recreación, funcionarán bajo la dirección de penitenciaristas profesionales con credenciales académicas universitarias, y se regirán por una administración descentralizada, a cargo de los

gobiernos estatales o municipales, pudiendo ser sometidos a modalidades de privatización. En general, deberá preferirse en ellos el régimen abierto y el carácter de colonias agrícolas penitenciarias. En todo caso las fórmulas de cumplimiento de penas no privativas de libertad se aplicarán con preferencia a las medidas de naturaleza reclusoria. El Estado creará las instituciones indispensables para la asistencia postpenitenciarias que posibiliten la reinserción social del exinterno o exinterna y propiciará la creación de un ente penitenciario con carácter autónomo y con personal exclusivamente técnico”.

La legislación en materia penitenciaria se concreta a través de diversas normas, siendo fundamental el Código Penal, reformado en el año 2002, y el Código Orgánico Procesal Penal, reformado en varias ocasiones, la última en el año 2006. La Ley de Régimen Penitenciario regula a las personas que están condenadas y establece una serie de medidas de prelibertad a partir del cumplimiento de un cuarto de la condena impuesta. Asimismo el Reglamento de la indicada ley, tiene por objeto establecer un diagnóstico y tratamiento individualizado de los penados, a fin de determinar el establecimiento donde debe cumplirse la condena.

La reinserción social del penado constituye el objetivo fundamental del periodo de cumplimiento de la pena. El trabajo y el estudio en reclusión son instrumentos idóneos para la rehabilitación del recluso o reclusa.

Las normas venezolanas consagran las denominadas fórmulas alternativas al cumplimiento de la pena, que permiten el sujeto bajo ciertas condiciones optar al reemplazo de un periodo de la pena privativa de libertad por una etapa de cumplimiento en medio semiabierto o libre bajo supervisión. Al respecto, se distinguen tres formas de cumplimiento:

- El destino a establecimientos abiertos.
- El trabajo fuera del establecimiento.

- La libertad condicional¹⁴⁷¹

Aunque la legislación venezolana establece de forma prioritaria los regímenes abiertos para el cumplimiento de las penas, la privación de libertad constituye la pena típica y fundamental debido a la escasez de destacamentos de trabajo o centros de tratamiento comunitario.¹⁴⁷²

El Régimen Abierto surge, fundamentalmente, como paliativo a la grave crisis que atravesaba el sistema penitenciario, por lo que fue necesario descongestionar las cárceles para evitar mayores problemas que el hacinamiento de los penados generaba. Es decir, dicha medida no surge como producto de una visión crítica de la política criminal existente y de la necesidad de reformarla, sino como una forma de afrontar problemas de índole coyuntural y no estructural del sistema penal. Sin embargo, es primordial destacar, que la existencia de dicha medida representó y representa una mejora del sistema penitenciario, ya que hace posible que los penados puedan optar a un tratamiento en semilibertad.

Esta fórmula de cumplimiento de pena depende de la pena privativa de libertad, ya que forma parte del régimen de progresividad del tratamiento penitenciario institucional, es decir, que el penado para acceder a ella, debe permanecer un tiempo específico en la cárcel, tal cual lo estipula la ley de Reforma Parcial del Sistema Penitenciario (2001) en su art. 61: *“El principio de progresividad de los sistemas y tratamientos establecidos en el art. 7 de la mencionada ley, implica la adecuación de los mismos a los resultados en cada caso obtenido y, siendo éstos favorables, se adoptarán medidas y*

¹⁴⁷¹ La libertad condicional se otorga en forma de medida de libertad anticipada, previa opinión favorable del equipo técnico que a su momento evidencie un pronóstico favorable la reinserción social progresiva y vigilada del recluso. La terminación de la pena por motivo de edad y salud se encuentra tipificada bajo el nombre de “medida humanitaria” y consiste en conceder la libertad condicional previo diagnóstico de un especialista, debidamente certificado por el médico forense.

¹⁴⁷² VVAA, *Sistema penitenciario, op. cit.*, pág. 385

fórmulas de cumplimiento de las penas mas próximas a la libertad plena que el penado ha de alcanzar". Por lo antes expuesto se puede aseverar que el régimen abierto es en esencia una forma de complemento de pena y no una medida alternativa a la pena, ya que no se desprende ni desde el punto de vista normativo ni práctico de a pena privativa de libertad.

Los jueces de ejecución son los encargados de otorgar la medida siempre y cuando el penado cumpla con los requisitos determinados en la ley de Reforma Parcial de Régimen Penitenciario, la cual especifica en su art. 65: *"El destino a establecimiento abierto podrá concederse por el tribunal de ejecución a los penados que hayan extinguido, por lo menos, una tercera parte de la pena impuesta, que haya observado conducta ejemplar y que pongan de relieve espíritu de trabajo y sentido de responsabilidad"*.

La medida de régimen abierto se cumple en los Centros de Tratamiento Comunitarios, estos forman parte del tratamiento no institucional o Programa de Reinserción Social, teniendo como función principal la supervisión de los penados beneficiados con la misma. Existen tres Centros de Tratamientos Comunitarios (CTC) en la región Centro Occidental – región Zulia (dos en Maracaibo, Estado Zulia y uno en Barquisimeto, Estado Lara).

El procedimiento operativo que se sigue para otorgar dicho beneficio. Una vez que el penado a cumplido un tercio de la pena en la cárcel, el tribunal de ejecución, solicita una evaluación psicosocial, es decir, un informe técnico, que es elaborado por los delegados de prueba que pertenecen a las Unidades Técnicas de Apoyo al Sistema Penitenciario del Programa de Reinserción Social; en este informe, debe expresarse una opinión favorable o desfavorable para la concesión del beneficio, así como también, un pronóstico en cuanto al comportamiento futuro del penado una vez en libertad, además, algunas recomendaciones para los delegados de prueba que se encargaran de la orientación y seguimiento del caso. De otorgarse el beneficio, el penado es remitido a un centro de tratamiento comunitario, generalmente, en la jurisdicción donde

se encuentre viviendo la familia de apoyo. En los CTC los penados, que pasan a llamarse residentes, transitan por un período de inducción (15 días aproximadamente), posteriormente, deben incorporarse al trabajo (cuya oferta de servicio debieron presentar en el momento de la evaluación) fuera de la institución. Durante su estancia en estos establecimientos, deben cumplir una serie de normas internas (pernoctar de lunes a viernes en la institución y durante el día trabajar en la calle; fines de semanas y días de fiestas se permite estar con la familia, entre otras). La duración del beneficio lo determina el tribunal de ejecución que, por lo general, es en función del tiempo que falte para cumplir la pena. Esta medida es la antesala para otorgar la libertad condicional.

A cada residente se le abre un expediente que contiene la planilla de registro que el delegado de prueba llena cuando el residente ingresa al CTC, los informes de conducta que son enviados a los jueces de ejecución que dan razón del comportamiento y la progresividad del beneficiado durante su estancia en los establecimientos abiertos, entrevistas realizadas a los familiares para tener información sobre la actuación del beneficiado en su entorno familiar, entre otros. Así, dicho expediente tiene información personal, social, laboral y legal del residente desde el inicio de la medida, durante el cumplimiento y al finalizar la misma.

Durante la estancia de los residentes en los CTC, deben recibir orientación, atención psicológica grupal e individual, terapia familiar y/o de pareja dependiendo de las necesidades de cada caso en particular.

En los establecimientos abiertos el personal de custodia que se encarga, entre otras cosas, de realizar las requisas a los residentes cuando salen y cuando regresan a la institución, también se encuentran los delegados de pruebas que atienden psicosocialmente a los residentes y por último, el personal administrativo. Según el art. 81, dichos establecimientos se caracterizan "...por la ausencia o limitación de preocupaciones materiales contra la evasión y por un régimen basado en el sentido de autodisciplina de los reclusos. Podrá ser organizado

como establecimiento especial y como anexo de otro establecimiento penitenciario” (Ley de Reforma Parcial de Régimen Penitenciario: 2001).

Este beneficio puede ser revocado por el juez de ejecución, ya sea por incumplimiento por parte del residente de las normas impuestas en el establecimiento, por reincidencia en delito durante su permanencia en la medida, entre otras causas. La revocatoria implica el regreso del residente a la cárcel.

La intervención para optimizar y potenciar el funcionamiento de dichos establecimientos abiertos, ya que se considera una alternativa cierta a la pena privativa de libertad, así, Núñez plantea “es mucho lo que promete esta fórmula alternativa a la tradicional cultura reclusoria venezolana, pues asegura asistencia individualizada, facilita los contactos familiares, comunitarios y laborales, se administra sin necesidad de coacción física al estar basado en la autodisciplina del penado”¹⁴⁷³.

D. LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD CON CONTROLES TELEMÁTICOS

Al tratar el tema del derecho comparado de los diferentes sistemas penitenciarios indefectiblemente tenemos que hacer referencia a los medios telemáticos como alternativa a la pena de prisión. Lo que hace años se antojaba pura ciencia ficción es hoy una realidad consolidada, con múltiples ramificaciones y perspectivas. Un proceso imparables¹⁴⁷⁴, condicionado en buena

¹⁴⁷³ NÚÑEZ G., “Las fórmulas alternativas de cumplimiento de pena en el sistema penitenciario venezolano”, *Capítulo Criminológico*, N° 1 Vol. 33, Maracaibo, 2005

¹⁴⁷⁴ GONZÁLEZ RUS, “La cuestión no es tanto pronunciarse a favor o en contra de la custodia domiciliar bajo vigilancia electrónica, sino determinar en qué casos y bajo qué garantías individuales debe producirse su incorporación al sistema penal penitenciario”. “Control electrónico y sistema penitenciario”, *VII Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Sevilla, pág. 84.

medida por las propias tasas de sobreocupación de los centros penitenciarios y, asimismo, aunque en menor extensión, por la propia bandera de la reinserción. La vigilancia telemática, que permite un control a distancia, es la alternativa principal a las penas privativas de libertad; como primera providencia implica un menor coste económico y menor necesidad de personal.

Junto a ello, y por encima de ello –destacaríamos nosotros–, permite el mantenimiento de los lazos familiares, relaciones sociales y laborales. Con lo que nos encontramos, sin duda, ante “una sanción más benigna y eficaz (a efectos preventivos) que los efectos resocializadores que se pueden ofrecer desde el ambiente coartado carcelario, plagado de resentimientos y de sensaciones negativas hacia la sociedad”¹⁴⁷⁵. De cualquier forma hay que estar atento a una utilización correcta de estos instrumentos en orden a contribuir a la justicia y eficacia del sistema jurídico¹⁴⁷⁶ y la salvaguardia de los derechos del penado.

Tres son las variables que determinarán el éxito del sistema, el personal de supervisión, los métodos y las posibilidades¹⁴⁷⁷

En los países anglosajones y en los nórdicos, y poco a poco en el resto del mundo, se aprecia la progresiva multiplicación de los sistemas telemáticos de vigilancia como sustitutivo de la prisión tradicional¹⁴⁷⁸.

¹⁴⁷⁵ GUDÍN RÓDRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., “Sistema penitenciario y revolución telemática ¿el fin de los muros en las prisiones? Una análisis desde la perspectiva *del Derecho comparado*”, Madrid, 2005, pág. 47. También, OTERO GONZÁLEZ, M. P., *Control...*, *op.cit.*, pág. 70

¹⁴⁷⁶ SARTOR, G. “Inteligencia artificial y Derecho. La crisis del Derecho y sus alternativas”, Madrid, 1995, pág. 197 y ss.

¹⁴⁷⁷ SCHOEN, B. “Administrative supervision of prison administration”, *Monitoring Prison Conditions in Europe*, Paris, 1997, pág. 93.

¹⁴⁷⁸ GUDÍN RÓDRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Cárcel electrónica. Bases para la creación de un sistema penitenciario del siglo XXI*, Valencia, 2007, pág. 13

En el modelo norteamericano el control electrónico puede ser utilizado fundamentalmente en dos sistemas: como alternativa a las penas de prisión (*in front door*) y como forma de adelantar la excarcelación (*back door*). En otras palabras, el sistema de vigilancia electrónica se aplica a internos en régimen de prueba (*probation*) o a liberados condicionales (*parole*). Mientras que en Europa la vigilancia electrónica se ha vinculado tradicionalmente al arresto domiciliario como sanción intermedia efectiva y barata¹⁴⁷⁹.

Aunque las cifras en Estados Unidos no son exactas debido a que se combinan sistemas penitenciarios de las más diversa índole (federales, estatales, públicos y privados) se calcula una cifra entre los 600.000 a 800.000 personas están sometidas a alguna medida de control telemático durante sus periodos de *parole o probation* (que se sitúa en 5.400.000 personas). Hemos de recordar que 6.9 millones de personas se encuentran sujetas a medidas penitenciarias sobre la población global de 302.688.000 de personas (3,2% de la población adulta)¹⁴⁸⁰.

Fue Reino Unido el primer país europeo en el que se aplicaron medidas telemáticas para presos preventivos (sistema de vigilancia de arrestos domiciliarios); aunque esta experiencia, iniciada a finales de los años ochenta, no fue satisfactoria por lo rudimentario de la tecnología¹⁴⁸¹, en la década de los noventa, con la habilitante *Criminal Justice Act*, la situación cambia radicalmente obteniendo resultados positivos¹⁴⁸².

¹⁴⁷⁹ OTERO GONZÁLEZ, M. P., *Control...*, *op.cit.*, pág. 72

¹⁴⁸⁰ WALMESLEY, ROY. "World Prison Population List" Internacional Centre for Prison Studies. 7ª Edición, Londres, 2007, pág. 1

¹⁴⁸¹ GUDÍN RÓDRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Sistema...*, *op. cit.*, págs. 104 y ss.

¹⁴⁸² POZA CISNEROS Y GUDÍN RÓDRÍGUEZ-MAGARIÑOS resaltan que esta experiencia vino precedida de estudios rigurosos, una adecuada selección y la previsión de programas pilotos, "Las nuevas tecnologías en el ámbito penal", *Revista del Poder Judicial*, N° 65, 2002, pág. 262. "Sistema penitenciario y revolución telemática", *op. cit.* págs. 109 y 110

A partir de este momento diferentes países europeos (los países nórdicos serán casi coetáneos al Reino Unido) continuarán esta estela pretendiendo buscar en la mayor parte de los casos una solución al problema de la sobreocupación carcelaria o utilizarlo, los menos, como instrumento de resocialización; así, Francia, Suecia, Bélgica, Holanda, Escocia, Países Bajos, Portugal¹⁴⁸³, etc. Dos perspectivas de acercamiento, por tanto, control vs. reinserción¹⁴⁸⁴.

En Gran Bretaña la evolución de la vigilancia electrónica ha sido la siguiente, la *Criminal Justice Act* de 1991 comenzó a contemplarla como pena principal aplicable a delitos o faltas de escasa entidad y dirigido a reforzar los periodos de *probation*, para su control efectivo sobre el comportamiento del condenado. La *Justice and Public Order Act* de 1994 implantó el control electrónico como medio de vigilancia en el arresto domiciliario. La *Crime (sentences) Act 1997* lo aplica a los supuestos de impago de multa, a delitos de bagatela y a los jóvenes de edad entre 10 y 15 años. Pero se considera el control electrónico, sobre todo, como una pena privativa de libertad alternativa a la prisión.

La vigilancia electrónica se empezó a poner a prueba a los adultos sometidos al régimen de libertad bajo fianza de 1989 a 1990, para los delincuentes adultos condenado un toque de queda a fin de 1995 a 1999, y para adultos y menores acusados bajo fianza, los delincuentes juveniles condenados a penas de un toque de queda por orden de un tribunal, y multa morosos y la persistencia de pequeños delincuentes, de 1998 a 2000. Se extendió a la totalidad de Inglaterra y Gales 1999 para las dos categorías de los delincuentes adultos.

respectivamente. Desde otra perspectiva PARÉS I GALLES apunta lo primitivo del sistema de pulseras articulado así como sus deficiencias técnicas, "Ejecución penal mediante control electrónico: presente y futuro". *Revista del Poder Judicial*. Nº 46. 1997, pág. 262

¹⁴⁸³ Un detallado estudio sobre algunas de estas experiencias puede verse en GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Sistema...*, *op. cit.*, págs. 87 a 130

¹⁴⁸⁴ REVIDIEGO PICÓN. F. "¿Crisis...", *op. cit.*, pág.189

Desde el año 2000, el 20% de los 50.000 presos accedieron a programas de excarcelación anticipada se sometieron a vigilancia electrónica. En los delitos poco graves se puede intercambiar con la multa. En los graves, se puede vincular con *la probation o las community service orders* (algunas de estas órdenes conllevan en este caso el control electrónico).

Entre 1999 y 2005, alrededor de 225.000 personas se han sometido a medidas de vigilancia electrónica, adoptadas por los tipos de resoluciones judiciales existentes (*Home Detention Curfew o Adult Curfew Orders*). El 5% de los sometidos a esta medida de control consiguieron zafarse de la misma, lo cual ha dado lugar a cierta crisis del sistema telemático británico.

Por el Gobierno británico ha sido destacado que las medidas electrónicas son menos lesivas para los intereses del recluso, se constatan efectos rehabilitadores, y son considerablemente más económicas que la retención en centros de custodia.¹⁴⁸⁵

En Escocia, a semejanza de Inglaterra y Gales, se estudia la posibilidad de incorporar la vigilancia electrónica como condición de la libertad bajo fianza, opción aconsejada por el comprobado uso excesivo de la prisión provisional preventiva en este país. Así mismo se valora su utilización, como método de control, tras la liberación condicional, de delincuentes violentos y agresores sexuales, como técnica de protección de las víctimas.¹⁴⁸⁶

En Canadá la primera normativa sobre vigilancia electrónica data de 1974 (Ley sobre protección de privacidad). En este país, la monitorización electrónica tuvo en sus orígenes

¹⁴⁸⁵ Informe “The Electronic Monitoring of Adult Offenders”. National Audit Office (NAO). Londres. 30 de enero de 2006.

¹⁴⁸⁶ POZA CISNEROS, M. “Las nuevas tecnologías en el ámbito penal”. Poder Judicial, N. 65, 2002. pág. 74

la finalidad de reforzar el arresto domiciliario, convirtiéndose, posteriormente, en una auténtica alternativa a la prisión.¹⁴⁸⁷

El Derecho canadiense ha sufrido una evolución jurídica que ha pasado de una regulación jurídica casi abstencionista a otro marco jurídico con una total protección jurídica del individuo.

En Canadá, la persona condenada a una pena de prisión de corta duración o que se encuentra en el último grado de cumplimiento de una pena más larga puede ser sometida a control electrónico¹⁴⁸⁸.

En el estudio estadístico realizado en Canadá por **Bonta/Wallace-Capretata/Rooney** llegan a la conclusión que no es fácil dar un resultado global sobre el éxito o fracaso de estas técnicas, dependiendo del punto de vista que se observe. Así los autores afirman que durante la ejecución de los programas prácticamente no se produjeron incidencias, y los sujetos sometidos a control cumplieron con las expectativas creadas en torno a ellos. Sin embargo, resulta llamativo que, cuando estos programas finalizaron, los índices de reincidencia se volvieron a equiparar con el resto de los internos sujetos a la *probation*, por lo que sólo se aprecia una mínima reducción en los niveles de reincidencia.

Un dato muy significativo de estos estudios es que la vigilancia electrónica se hace más efectiva si viene acompañada del soporte humano. En efecto, cuando la vigilancia viene acompañada de la labor asistencial del oficial de la condicional (*probation officer*) la reacción por parte del vigilado era mucha más positiva¹⁴⁸⁹.

¹⁴⁸⁷ RENART GARCÍA, F., *La libertad condicional...*, op. cit., pág. 280

¹⁴⁸⁸ OTERO GONZÁLEZ, M. P., *Control...*, op.cit., pág. 72

¹⁴⁸⁹ BONTA, JAMEZ, WELACE-CAPRETTA, SUZANNE ROONEY, JENNIFER. "Restorative Justice: An Evaluation of the Restorative Resolutions Project", Cánada, 10/1/1998, pág. 72

La aplicación de la vigilancia electrónica se introduce en el Código penal sueco de 1999, como pena alternativa a la pena de prisión de corta duración¹⁴⁹⁰, quizá Suecia sea la nación más avanzada en esta materia., ya en 1998 el 25% de los 15000 penados fueron sujetos a vigilancia y supervisión electrónica. Así sobre una población reclusa de 10.400 internos en instituciones penitenciarias, 3.100 estaban desarrollando programas en semilibertad bajo medidas de vigilancia electrónica (29,80% de la población reclusa)¹⁴⁹¹. En este país el sistema se orienta hacia dos objetivos: limitar el máximo el número de encarcelamiento bajo rejas y favorecer los programas de tratamientos eficaces y constructivos. Por tanto, los suecos comprueban que la vigilancia electrónica se adecua perfectamente a sus intereses, si bien le dan una lectura muy diversa a la estadounidense¹⁴⁹². En este país el sistema de vigilancia electrónica es muy riguroso, sometido a un alto grado de voluntariedad y, en consecuencia, con un índice muy elevado de cumplimiento. Este sistema es aplicado a penados con delitos menores o que se encuentran en la última etapa de la ejecución de la pena. Para ser utilizado, la persona debe aceptarlo de forma voluntaria y debe comprometerse a fijar un domicilio, aceptar un plan de seguimiento, no consumir drogas, alcohol y ser monitoreada personal técnico. Además, deberá pagar cinco euros diarios que serán aportados a un Fondo de las Víctimas del Delito.

El programa se dirige a personas condenadas a cumplir un máximo de tres meses de prisión. La mitad de ellos son personas condenadas por conducir bajo los efectos del alcohol. Desde 2002, la supervisión telemática alcanza aproximadamente el

¹⁴⁹⁰ OTERO GONZÁLEZ, M. P., *Control...*, *op.cit.*, pág. 282

¹⁴⁹¹ Según Haverkamp en Suecia hasta finales de 2002 se venían resolviendo unas 3.000 ordenes de detención bajo arresto domiciliario y supervisión electrónica.

¹⁴⁹² GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. “Cárcel electrónica y sistema penitenciario del siglo XXI”. Pág. 74

43% de los 17.000 internos a los que se aplicación de programas de excarcelación anticipada.

El sistema de vigilancia electrónica en Suiza está inspirado en el modelo sueco. La idea de introducir los arrestos domiciliarios con vigilancia electrónica surge por primera vez en Suiza en el Cantón de Vad en 1993 y se incluye en 1999 en el marco de un proyecto piloto implantándose en seis cantones y bajo dos modalidades: como ejecución de las penas cortas privativas de libertad, en concreto bajo la forma de arresto domiciliario y en segundo lugar, como ejecución en una fase de semilibertad¹⁴⁹³.

En Francia se está produciendo una fulgurante y diversa aplicación de medidas electrónicas, y sobre todo se aplican como modalidad de ejecución de las penas privativas de libertad¹⁴⁹⁴. Esta materia apareció regulada por la Ley 97, de 19 de diciembre de 1997, que incorporó el art. 727-3 al Código de Procedimiento penal, según el cual en caso de una o varias condenas privativas de libertad, cuya duración total no supera un año o cuando lo que le resta por cumplir no exceda de ese marco temporal, el juez encargado de la ejecución de las penas puede decidir, de oficio o a petición del Ministerio Fiscal o del propio condenado que la pena se ejecute en régimen de arresto bajo vigilancia electrónica. Para poder acordarla se precisa el consentimiento expreso y libre del condenado, convenientemente asistido de su letrado, así mismo se subordina a que se someta a periódicas supervisiones de los facultativos. El juez esta capacitado para imponer un plan diario así como un régimen de salidas al trabajo. La experiencia francesa muestra numerosos inconvenientes y problemas de adaptación, pero progresivamente el éxito está siendo el convertirse en uno de los posibles frenos al desmesurado incremento de la población penitenciaria.

¹⁴⁹³ RENART GARCÍA, F., *La libertad condicional...*, op. cit., pág. 73

¹⁴⁹⁴ RENART GARCÍA, F., *La libertad condicional...*, op. cit., pág. 281

En el Código penal francés (art. 132-26-1 y ss.-modificado por la Ley nº 2004-204 de 9 de marzo, en vigor desde el 1 de enero de 2005- y el procedimiento penal 723-7 y ss., modificados por la misma Ley) se establece esta modalidad de ejecución cuando la pena privativa de libertad no exceda de un año o cuando falte el cumplimiento por el condenado de una o varias penas privativas de libertad cuya duración total no exceda de un año, bien cuando el condenado haya sido beneficiado con la libertad condicional, con la condición de haberse sometido a título de prueba al régimen de sometimiento bajo vigilancia electrónica, por una duración que no exceda de un año. Así mismo, se ha introducido por la Ley nº 2005-1549 de 12 de diciembre la modalidad de sometimiento a vigilancia electrónica móvil (GPS) a título de medida de seguridad¹⁴⁹⁵ ((art. 763-10 y ss). Establece el Código procesal penal: Al menos un año antes de la fecha para su puesta en libertad, la persona condenada al sometimiento a vigilancia electrónica móvil será objeto de un examen destinado a evaluar su peligrosidad y a medir el riesgo de comisión de una nueva infracción. La duración de esta medida no podrá exceder de dos años. El control a distancia de la localización del condenado será objeto de un tratamiento automatizado de datos de carácter personal.

La nueva ley penitenciaria francesa del año 2009 recoge la posibilidad de uso del brazalete como alternativa a la cárcel mediante el confinamiento domiciliario con vigilancia electrónica.

En Alemania se plantean la integración de arresto domiciliario con el de vigilancia electrónica en el sistema de sanciones como una alternativa a la prisión (como una forma especial de ejecución penal) o como una nueva pena principal en el contexto de la suspensión condicional de la pena.

En Bélgica se inicia la experiencia en 1998 dirigiéndose a condenados a penas de hasta 18 meses a los cuales se les ofrece

¹⁴⁹⁵ GUDÍN RODRIGUEZ-MAGARIÑOS, F. *Cárcel...*, *op. cit.*, págs. 133-134.

la posibilidad de adelantar la excarcelación a cambio de un periodo de vigilancia de 1 a 3 meses¹⁴⁹⁶. Esta modalidad se inscribe en el contexto de alternativas a la prisión.

En Holanda¹⁴⁹⁷ se aplica la vigilancia electrónica a los penados que se encuentran en la última etapa de cumplimiento de la pena lo que les permite anticipar unos meses su salida de la cárcel, y así mismo, a los condenados a penas cortas de hasta un año de prisión. Sin embargo, este tipo de vigilancia nunca ha sido regulado por una ley específica; los textos que lo regulan son de naturaleza administrativa y prevén dos supuestos de aplicación: como pena privativa de libertad y como modalidad de ejecución de los fines de la pena. En este país en el año 2006, se ha aportado un nuevo concepto de aplicación tecnológica al ámbito penitenciario intramuros de la prisión, esto es no como sustitutivo de ella, ni como modo de adelantar la excarcelación, sino para permitir al interno una mayor libertad ambulatoria y de autorresponsabilidad, sin que el centro vea menoscabada su seguridad gracias al control telemático del interno¹⁴⁹⁸.

En Italia el arresto domiciliario bajo control telemático se introdujo en el año 2001 como alternativa a la prisión provisional y al cumplimiento de las penas pequeñas de privación de libertad, la tendencia a propagarse puede ser definida como irrefrenable¹⁴⁹⁹. Tanto en Italia como en Australia la vigilancia electrónica a distancia se entiende más que como sistema de vigilancia global como un sistema de arresto domiciliario mediante el sistema de “toques de queda”.

¹⁴⁹⁶ MARTÍN BARBERÁN, J. “La aplicación de sanciones y medidas en la Comunidad Europea y Estados Unidos” *Revista del Poder Judicial*, N° 8, pág. 259

¹⁴⁹⁷ TÉLLEZ AGUILERA, A., *Nuevas penas y alternativas a la prisión*, Madrid, 2005, pág. 106.

¹⁴⁹⁸ GUDÍN RODRIGUEZ-MAGARIÑOS, F. “La cárcel de Lelystad: otro modelo de cárcel electrónica”. En *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N 706. 1 de junio de 2006, pág. 1 y 2

¹⁴⁹⁹ AUTIERI, DANIELE. “Un braccialetto diverso”, *La due Città*. N. 12. año II, pág. 14

En Portugal se modificó en 1999 el Código de Procedimiento penal permitiendo aplicar el control telemático para atenuar la prisión provisional.

En Australia las autoridades de justicia se han concienciado que existe una posibilidad controlar o supervisar la localización de un individuo sin recurrir al encarcelamiento. Por ejemplo, antes de un proceso penal, la oficina del fiscal quiere asegurarse de que el denunciado permanezca lejos de presunta víctima. Igualmente, después de cierto grado de cumplimiento de la condena, un juez puede entender que ya no es necesario mantener privado de libertad a un delincuente, que no es necesario que complete su sanción recluido en la cárcel. Pero antes de dejarle en libertad condicional, con el riesgo que comporta, se diseñan programas previos a la liberación. En dichos programas se fijan unas metas y se imponen unas condiciones para la excarcelación tales como acudir a unos puntos de supervisión donde pueden ser objeto de control por parte de los oficiales de la condicional, un plan de vida que suele incluir un toque de queda nocturno¹⁵⁰⁰.

En Nueva Zelanda se aplican programas de vigilancia electrónica vinculada al arresto domiciliario y se ha constatado que los índices de reincidencia han disminuido sustancialmente, aunque nuevamente hay que relativizar esta conclusión pues los grupos de delincuentes están muy seleccionados¹⁵⁰¹.

En Colombia, el Decreto 2636, de 10 de agosto, de 2004, introdujo la vigilancia mediante mecanismos de seguridad electrónica como medida sustitutiva de la pena privativa de libertad, si así lo pide la persona condenada. La petición puede ser resuelta favorablemente por el juez si se cumplen cuatro requisitos:

- Que la persona condenada no tenga antecedentes penales.

¹⁵⁰⁰ GUDÍN RODRIGUEZ-MAGARIÑOS, F. *Cárcel...*, *op. cit.*, págs. 72

¹⁵⁰¹ POZA CISNEROS, M., *Las nuevas...*, *op.cit.*, pág. 73

- Que suscriba un acta de compromiso.
- Que preste una caución que garantice el cumplimiento de las restricciones a la libertad de movimiento que implique la medida.
- Que repare los perjuicios ocasionados a la víctima de la conducta punible.

La duración de la medida de vigilancia electrónica no podrá superar el término de la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia. El coste del mecanismo de seguridad electrónica deberá ser sufragado por el Estado, dentro de sus límites presupuestarios, cuando la persona condenada no pueda hacerlo por sí misma. Este sistema se ha implantado en Colombia de forma gradual desde enero de 2005. Estamos de acuerdo con **Otero González** cuando dice que de esta forma se abre la puerta de una mayor discriminación negativa entre las personas privadas de libertad. Mientras que las personas sin recursos económicos seguirán atadas a las condiciones indignas que prevalecen en las prisiones, las que los tienen podrán limitar el alcance del daño que representa la prisión¹⁵⁰².

En México D.F., desde el 14 de agosto de 2006, está en vigor un reglamento que desarrolla el beneficio de reclusión domiciliaria mediante el programa de monitoreo electrónico a distancia para el Distrito Federal concebido como modo de adelantar la excarcelación, previsto en los artículos 39 bis, 39 ter y 42 de la Ley de Ejecución de sanciones penales para el D.F. En efecto, se trata de un medio de ejecución de la sanción penal en tanto se alcance el beneficio de Tratamiento Preliberacional (equivalente a nuestro régimen de tercer grado), que se concederá cuando el sentenciado, previa solicitud presentada por escrito, cumpla los siguientes requisitos:

- Ser delincuente primario.
- Que la pena privativa de libertad no sea menor de siete años ni mayor de diez.

¹⁵⁰² OTERO GONZÁLEZ, P., *Control...*, op. cit., pág. 80

- Que falte por lo menos dos años para alcanzar el beneficio de preliberacional.
- Que no haya sido condenado por delitos de homicidio cualificado, inseminación artificial, desaparición forzada de personas, violación, secuestro, pornografía infantil, robo agravado, asociación delictiva, delincuencia organizada y tortura.

Como regla general, en los países que hemos indicado, el arresto domiciliario bajo vigilancia electrónica no se contempla como una medida aislada, sino que en aras a conseguir el propósito resocializador, universalmente aceptado, se encuadra dentro de programas de ejecución. Dentro de estos programas cumple una función dentro de las distintas fases por las que pasa un interno hasta alcanzar la libertad. La vigilancia no viene a configurarse como un elemento mecánico incomunicado con otras medidas, muy por el contrario se combina con un calendario de actividades laborales, sesiones de terapia o educativas y un aluvión de propuestas formativas que el condenado tiene que ir cumpliendo. A veces se fijan salidas programadas, y siempre existen periodos de “descanso” donde el condenado puede desinhibirse del aparentemente férreo control pueda tener sus horas de contacto familiar e íntimo con sus allegados. Se fijan unos horarios de “toque de queda” donde el interno debe estar obligatoriamente en casa.¹⁵⁰³

No se puede divorciar el auge de la vigilancia electrónica con el apogeo de la cultura del control que vive en Estados Unidos. Sin embargo, algunos países como Canadá o Suecia - que aparecen menos influenciados por este movimiento- protagonizan igualmente un apogeo de la vigilancia electrónica, si bien entendida de una forma más humanitaria y resocializadora. Estos países parecen ser conscientes de que la resocialización debe efectuarse fuera del marco cerrado de los muros prisionales y, en consecuencia, utilizan la vigilancia para

¹⁵⁰³ GUDÍN RODRIGUEZ-MAGARIÑOS, F. “La paulatina erradicación de la prisión preventiva: Un análisis progresivo bajo las potencialidades de las nuevas tecnologías”. *Estudios penales*. Boletín N° 2078., pág. 5

elegir el número de excarcelaciones¹⁵⁰⁴. Tal es el caso de España que establece esta modalidad de cumplimiento de la pena privativa de libertad en el art. 86. 4 RP.

En definitiva, aunque la monitorización electrónica fue pensada, en general, en el derecho continental europeo, para reforzar el arresto domiciliario y, por tanto, como modo de ejecución de la pena, se va imponiendo, poco a poco, su utilización como alternativa a la pena de prisión de corta duración. Es decir, paulatinamente, la monitorización electrónica se ha dotado de prestigio con referencia al discurso de las alternativas a la cárcel. Sin embargo, en España su incipiente uso se enmarca en el control efectivo o refuerzo de la ejecución de las tradicionales alternativas (antiguo arresto domiciliario, hoy pena de localización permanente), control de cumplimiento de penas accesorias (orden de alejamiento)¹⁵⁰⁵, refuerzo de control de medidas impuestas como condición de la suspensión de la ejecución, o en fin, como modo de control de cumplimiento de régimen de tercer grado¹⁵⁰⁶. El salto a su aplicación como alternativa a la prisión es todavía una incógnita que está en la mente de algunos autores¹⁵⁰⁷.

¹⁵⁰⁴ GUDÍN RODRIGUEZ-MAGARIÑOS, F. *Cárcel...*, *op. cit.*, pág. 27

¹⁵⁰⁵ Más ampliamente en MARTÍNEZ GARCÍA, E. y VEGAS AGUILAR, J. C., (Coordinadores), *La ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad por violencia de género*, Valencia, 2012. También en MARTÍNEZ GARCÍA, E. (Directora) y VEGAS AGUILAR, J. C., (Coordinador), *La prevención y erradicación de la violencia de género. Un estudio multidisciplinar*, Pamplona, 2012.

¹⁵⁰⁶ OTERO GONZÁLEZ, P., *Control...*, *op. cit.*, pág. 77

¹⁵⁰⁷ ARMENTA GONZÁLEZ, F. J. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V., *op. cit.*, pág. 190

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La delincuencia es un acto personal frustrado pero, a la vez, es un fracaso de la sociedad. El penado es el que delinque pero la sociedad tiene su parte de responsabilidad que no debe soslayar. En principio la pena es una retribución expiatoria de un delito por un mal proporcionado a su culpabilidad. La dificultad nace cuando se estudia la finalidad de la sanción penal. Si la finalidad es el castigo, el fundamento de la pena es la represión, pero si la finalidad es que el delincuente no vuelva a realizar más hechos delictivos, el fundamento es la prevención. *Por tanto la finalidad tanto represiva como la preventiva deben conjugarse, incluso en sede penitenciaria, pero es en este ámbito donde se debe dar la mayor prioridad posible a que los penados puedan reinsertarse.*

El Derecho penitenciario ha evolucionado, pasando de buscar la inoquización del individuo como respuesta al fenómeno delictivo (separarle del resto de la sociedad por considerarle peligroso) a tratar de que progresivamente vuelva a la sociedad, se reincorpore a ella. De esta manera, tienen cabida *mecanismos legales* como los permisos de salida, el tercer grado o la libertad condicional; nacen así los programas de tratamiento con los que se persigue que el interno aproveche su estancia en prisión para ir atajando ciertos problemas concretos relacionados con su actividad delictiva (drogas, malos tratos...) para preparar su salida en libertad.

Las críticas que el concepto de reinserción social ha recibido estriban en la paradoja que supone educar para la libertad en un medio de no libertad y de coacción. Se dice que la reinserción social no vendrá nunca separando al hombre de la sociedad con muros, zanjas, rejas, etc. No cabe duda que con el régimen abierto caen los muros y las rejas, el penado está en contacto permanente con su medio familiar, social y laboral, lo cual facilita su rehabilitación. Constitucionalmente este fin tiene su reflejo en el art. 25.2: "...penas orientadas a la reeducación y reinserción social." *Se ha optado por esta vía puesto que se*

considera más eficaz para prevenir y dar respuesta a la delincuencia.

SEGUNDA.- *Otra finalidad resocializadora de la pena de prisión es evitar la desocialización* puesto que misma conlleva efectos negativos inherentes al encierro. Por tanto, se trata de atenuar la desocialización lo más posible, y para conseguirlo no cabe duda que el régimen abierto es un gran antídoto ante los perjuicios que del encarcelamiento puedan derivarse. Por lo cual durante la ejecución de la pena se debe evitar que el interno rompa las relaciones con el mundo exterior para lo que es fundamental fomentar el contacto del recluso con el mundo exterior, y todo ello en base al art. 25.2 CE. Por ello el futuro se ha de orientar a la recuperación del espíritu resocializador de la prisión que tiene como pilares inquebrantables el fomento de alternativas, la humanidad del cumplimiento, los contactos con el exterior y una duración respetuosa con la dignidad humana.

Actualmente existe cierto consenso en atribuir al concepto de resocialización un contenido humanizador, que se concreta en prevenir y minimizar los efectos desocializadores que comporta la ejecución de la pena privativa de libertad. Gran parte de la doctrina española ve en el art. 25.2 CE un desarrollo del principio de humanidad en la ejecución de las penas, una concreción del principio de humanidad en el ámbito penitenciario, que implica que el penado no es un ser eliminado de la sociedad sino una persona que continua formando parte de la misma, incluso como miembro activo, si bien sometido a un particular régimen jurídico, motivado por el comportamiento antisocial de aquél y encaminado a preparar su vuelta a la vida libre en las mejores condiciones para ejercitar socialmente su libertad. De manera que la preparación del regreso a la sociedad con normalidad de la persona condenada a pena privativa de libertad es el objetivo de la resocialización.

TERCERA.- *Podemos definir el régimen abierto* como un tipo de vida penitenciaria que se desarrolla en semilibertad en el que se aplican diversos controles a los penados capacitados para vivir en el mismo que se encuentran clasificados en tercer grado

o en segundo con la aplicación del principio de flexibilidad del art. 100.2 RP.

Las ventajas del régimen abierto son muchas pues es el mejor sistema para garantizar la recuperación social, favorece la salud física y mental, mejora la disciplina, facilita las relaciones familiares, es menos oneroso y posibilita la búsqueda de trabajo. La prisión abierta es incomparablemente más humana que la tradicional cárcel cerrada. Las diferencias del régimen abierto con respecto al régimen ordinario son:

- No se ejercita respecto a los penados una vigilancia coercitiva sistemática.
- Se permite las salidas del establecimiento por razones de trabajo, contactos familiares, etc.
- Suele ser la antesala de la libertad condicional.
- Facilita la búsqueda de empleo.
- Permite la cobertura de la asistencia sanitaria y farmacéutica como cualquier ciudadano libre.
- Supone un mayor ahorro para el Estado tanto en la construcción como el mantenimiento de las prisiones.

La potenciación del régimen abierto constituye una de las principales vías para conseguir la integración en la sociedad. La clasificación en tercer grado es como la modalidad de cumplimiento de pena de prisión más humana y clara plataforma hacia una vida alejada del delito que se presenta como un óptimo instrumento de resocialización. Por tanto, aunque la LOGP contempla las penas privativas de libertad como un “mal necesario”, han de tender como esencial a la reeducación y reinserción social del penado; con objeto de posibilitar ésta esencial finalidad, la pena de prisión se organiza en un orden de progresión de grados, de forma que, pasando por los mismos el penado, en el estado final se encuentre reinsertado - teóricamente- en la sociedad, y no cabe duda que el régimen abierto es el más adecuado para conseguir este objetivo.

El régimen abierto tiene su base fundamental en el art. 25.2 puesto que este tipo de vida penitenciaria es el que mejor

facilita la orientación reeducadora y reinsertadora de las penas (principio de prevención especial) y permite que la ejecución penitenciaria esté presidido por el principio de humanidad.

CUARTA.- En nuestro sistema penitenciario se pretende la adaptación progresiva del condenado a la vida en libertad. En este sentido *el régimen abierto no es un beneficio ni recompensa penitenciaria sino que supone una forma de cumplimiento de la pena, y no una medida alternativa a la prisión, pero sí una alternativa a la clásica prisión cerrada*, puesto que se concede una mayor libertad que se decide, una vez analizado el caso concreto, cuando se tiene cierta garantía de éxito en el uso de ese margen de confianza y una perspectiva razonable de no utilización indebida del mismo en relación a la comisión de nuevos delitos o al quebrantamiento de condena.

Los internos clasificados en tercer grado son aquellos que gozan del régimen abierto o semilibertad (llamado en otros países “prisión abierta”), fundamentado en la filosofía de las alternativas a la prisión y en el ideal de resocialización que supone una apuesta por la autorresponsabilidad de los internos. Se trata de delitos de gravedad media que, si bien merecen el cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad (pues antes tendrían las alternativas a la prisión, multas, trabajos en beneficio de la comunidad, sustitutivos, etc.), por las circunstancias personales de los autores (sujetos socialmente adaptados, con trabajo conocido relaciones familiares estables, etc.), aconsejan un cumplimiento de la pena de prisión en unas condiciones más benignas que las normales. Además de ello la idea es potenciar las capacidades de inserción social positiva de los penados.

A pesar de las deficiencias del sistema, la experiencia parece haber confirmado que a partir de un sistema de individualización científica, algunas estadísticas indican que *quienes han sido puestos en libertad bruscamente, tras un internamiento en prisión, cometen más delitos que quienes disfrutaron de una puesta en libertad progresiva*.

QUINTA.- *El régimen abierto se basa en el aumento de la confianza depositada en el interno por su evolución positiva en*

el tratamiento, le concede ciertas cuotas de libertad y responsabilidad, lo que permite una progresiva integración en la comunidad y, al mismo tiempo, una evaluación del proceso de reintegración. El interno debe tener la oportunidad de poner en práctica las nuevas capacidades adquiridas durante el periodo en prisión y de mantener el contacto con el entorno social que le es propio (evitando así, en la medida de lo posible, su desocialización). Por este motivo se debe fomentar el acceso al tercer grado, los permisos de salida, las visitas, etc.

Uno de los grandes errores que puede cometer la Administración Penitenciaria es pretender utilizar el régimen abierto para paliar la masificación de las prisiones ordinarias. Forzar el porcentaje de terceros grados de manera artificial choca con la realidad penitenciaria. Potenciar la clasificación en tercer grado, hasta el punto incluso de equiparlo al segundo, presenta dos riesgos: una regresión masiva de grados (más delitos y quebrantamientos de condena) y la desnaturalización de la pena privativa de libertad. Para nosotros lo más desastroso de esta situación sería que de lugar que se devalúe tanto el régimen abierto que llegue ser equiparado con el régimen ordinario (“cajón de sastre”) al que accedan muchos penados no capacitados para hacer vida en semilibertad. Por todo ello, lo que no debe hacer la Administración Penitenciaria es aplicar con carácter general el régimen abierto puesto que sólo debe ser aprobado a los internos que estén capacitados para vivir en semilibertad, de lo contrario podría convertirse en un salida artificiosa de libertades “anticipadas e indebidas” vulnerando la legislación penitenciaria

SEXTA.- Hay que resaltar la importancia de la LOGP que al ser una ley moderna y flexible le ha permitido permanecer vigente durante más de tres décadas con tan sólo una modificación mediante la Ley Orgánica 13/1995, de 18 de diciembre. Todo ello, junto con la Constitución, la convierte en una de las leyes más estables e intocables hasta las contrarreformas penales, procesales y penitenciarias del año 2003. Pero es la LO 7/2003, de 30 de junio, de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, la que da lugar a un *giro radical* respecto a la ejecución de la pena privativa de libertad, y

concretamente en el tema de la clasificación penitenciaria. Este giro ha sido mantenido en algunos de sus aspectos por la LO 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código Penal.

La LOGP en su art. 72 establece el sistema de individualización científica, que viene a ser un estadio mucho más avanzado y perfeccionado de los clásicos sistemas progresivos. La elección de la denominación fue para asimilarnos lo más posible a los países más avanzados de Europa que ya lo venían aplicando. Pero esta opción fue más bien teórica que práctica puesto que ese mismo artículo establecía un sistema de grados (profundamente consolidado en nuestra historia penitenciaria) muy *encorsetado* que impedía el desarrollo de un verdadero sistema de individualización científica, a ello contribuyó el RP de 1981 que además de recoger el sistema de grados estableció períodos de tiempo obligatorios para la clasificación en tercer grado: dos meses mínimo de cumplimiento y la cuarta parte de la pena en casos especiales (art. 251), además de otros plazos valorables en su art. 241.3. Con las sucesivas reformas del RP, como la del RD 1764/1993, se suprimió el citado plazo de los dos meses obligatorios de cumplimiento y se trató de que nuestro sistema continuase acercándose lo más posible a verdadero sistema de individualización científica.

El RP de 1996 contribuye a este acercamiento puesto que una de las principales novedades del mismo fue la de tratar de potenciar el principio de individualización científica en la ejecución del tratamiento penitenciario. *Para ello potencia la individualización científica introduciendo el principio de flexibilidad* en el art.100.2 del mismo estableciendo para que se adopte un modelo de ejecución en el que puedan combinarse aspectos característicos de cada uno de los grados de tratamiento, siempre que esta medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado. Este principio permite la posibilidad de combinar aspectos característicos de uno y otro grado con la finalidad de que la clasificación penitenciaria se flexibilice lo más posible para lograr que el tratamiento sea lo más individualizado posible, con ello nos acercarnos más a los sistemas

penitenciarios europeos en los que no rigen los grados y se elaboran planes individualizados sin tener en cuenta ningún grado de clasificación.

SÉPTIMA.- *Con la reforma de la LO 7/2003, de 30 de junio, mantenida por la LO 5/2010, de 22 de junio, este principio de flexibilidad se ve en cierta forma desvirtuado porque si un interno no puede acceder al tercer grado o la libertad condicional hasta que cumpla unos determinados requisitos (art. 72.5 y 6 LOGP) o plazos (art. 36.2 y 78.3) se dificulta la aplicación de esta flexibilidad en muchos casos porque esta restricción de la discrecionalidad administrativa en la asignación del grado va en detrimento de uno de los elementos estructurales básicos del sistema de individualización científica, el de flexibilidad en materia clasificatoria. Todo ello nos retrotrae un sistema progresivo en el que se establecen aspectos rígidos y objetivos como es el cumplimiento de mínimos períodos de tiempo. No cabe duda que la flexibilidad como valor pragmático útil para buscar en cada caso las vías tratamentales más aptas a las necesidades y aptitudes de reinserción social a cada penado es posible que sufran un recorte tan severo, que indudablemente, puede comprometer en gran medida su vigencia y los saludables efectos que hasta la fecha ha venido generando en la práctica penitenciaria española.*

A la hora de realizar la clasificación penitenciaria, entendemos que se debe valorar la finalidad retributiva de la pena (compensación moral a la víctima y a la sociedad ofendida) la prevención general (disuasión frente a potenciales delincuentes) y la finalidad reinsertadora (art.25.2 Constitución) como indican las teorías mixtas en la ejecución de las penas, pero está claro que con la LO 7/2003, de 30 de junio y la LO 5/2010, 22 de junio, se potencia más la finalidad retributiva y de prevención general positiva sobre la finalidad reinsertadora que según el art. 25.2 de la Constitución debería ser la más importante. Consideramos que todo esto supone una vuelta al retribucionismo ético y jurídico de las penas, donde la imposición de la pena era un fin en sí mismo como compensación al mal realizado por el delito cometido y como un criterio de exigencia de justicia. Por tanto, el papel

preponderante atribuido al principio de reeducación y reinserción social en la fase de ejecución de pena, se ve desplazado a un segundo plano en beneficio de supuestas exigencias preventivas generales positivas, enmascaradas bajo la genérica apelación a la proporcionalidad y seguridad jurídica.

Pensamos que estas reformas son una clara regresión hacia un Derecho Penal defensivo, que más que reeducar al delincuente, trata de encerrarlo y aislarlo de la sociedad. Es decir, nos encontramos ante un modelo de Derecho penal máximo y tendencialmente ilimitado, con lo que parece acogerse más a una postura claramente orientada a la innocuización. Por todo ello, uno de los principios básicos de política criminal que inspiran el Código Penal de 1995, es decir, el de reinserción social, previsto en nuestra Carta Magna en el artículo 25.2, queda seriamente cuestionado al revitalizarse ampliamente la finalidad retributiva y de intimidación, ideas en las que reposaba el Derecho Penal tradicional. Esto puede entorpecer de facto instituciones penitenciarias basadas en la orientación a la reinserción.

Estas reformas de la LO 7/2003, de 30 de junio y de la LO 5/2010, de 22 de junio, se orientan a las finalidades de la retribución, la prevención general negativa (intimidación) y la innocuización del delincuente, antes que a la finalidad primordial de la prevención especial positiva (reeducación o reinserción social, del art. 25.2 de la Constitución), y son, por tanto, un componente extraño dentro de las leyes penales y penitenciarias, dando lugar a preceptos contradictorios entre sí que han producido confusión entre los operadores del Derecho y han contaminado el régimen penal y penitenciario ordinario con orientaciones y principios de Derecho penal y penitenciario excepcional, muy en la línea de la teoría de Jackobs del derecho penal del enemigo, dando lugar con ello a un derecho penitenciario de dos velocidades: dependiendo de la gravedad del delito se han establecido dos regímenes de cumplimiento, el general u ordinario, y el excepcional o extraordinario para los penados por delitos graves.

OCTAVA.-. *El período de seguridad es una institución ajena y extraña en nuestro derecho penitenciario, introducida por la LO 7/2003, que choca con los principios del art. 72.3 y 4 LOGP, y además no era necesaria puesto que hay otros factores que impiden la clasificación en tercer grado por delitos graves. La práctica penitenciaria indica que no era habitual la clasificación directa en tercer grado cuando la pena era superior a cinco años.*

La LO 5/2010, de 22 de junio, ha mejorado en algunos aspectos la regulación del periodo de seguridad pero en otros no. Con la reforma de la LO 5/2010 debería haberse optado por la posibilidad de retorno al régimen general de cumplimiento por decisión del JVP en todos los supuestos, sin los límites que se han establecidos para los delitos indicados en el art. 36.2 CP. Por otro lado, la imposibilidad de regresar al régimen general en estos casos representa el mantenimiento de una incongruencia con el sistema de individualización científica recogido en la LOGP y una preponderancia de los fines inculcadores y preventivo generales durante ese tiempo. Ello vuelve a plantear la posible inconstitucionalidad de la medida pudiéndose atentar contra el principio de igualdad del art. 14 CE, al no tener en cuenta en ningún momento durante este periodo la evolución del sujeto para volver al régimen general. En los cuatro grupos de delitos señalados en el art. 36.2 CP se sustituye por completo el modelo de individualización científica por el progresivo. Por las razones expuestas habría sido necesario haber permitido la vuelta al sistema general en todos los casos.

La dificultad que supone el periodo de seguridad conduce a que en algunos casos la Administración Penitenciaria o los propios Jueces de Vigilancia prefieran acudir a la figura del principio de flexibilidad del art. 100.2 RP. Con esta solución intermedia siempre se puede esgrimir que, realmente, no se ha concedido el tercer grado, pero sí que con ello se puede aplicar un régimen de vida de semilibertad. *La conclusión es que el periodo de seguridad no ha aportado nada positivo a nuestro sistema penal sino, muy al contrario, ha conducido a un alejamiento de la finalidad resocializadora.*

Con la nueva regulación del periodo de seguridad, fruto de la reforma aprobada por LO 5/2010, la Administración Penitenciaria elaboró la Inst. 7/2010, de 14 de diciembre, de la Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto (entró en vigor el mismo día que la LO 5/2010, es decir el 23 de diciembre de 2010), que modificó la Instrucción 2/2005. Se deja claro en esta nueva Instrucción que “la existencia del periodo de seguridad deja de ser imperativa en todo caso y pasa a ser sólo de aplicación cuando el testimonio de sentencia así lo recoja o bien se trate de alguno de los delitos enumerados en los apartados a), b), c) y d) de dicho artículo” (se refiere al 36.2 del CP).

Consideramos que lo mejor sería que la institución del período de seguridad fuese derogada pues, como ya hemos dicho, hay otros factores que pueden frenar e l acceso al tercer grado si el delito es grave, pero de mantenerse, debería modificarse el art. 72 de la LOGP puesto que recoge principios que pueden contradictorios con el período de seguridad. De permanecer esta institución lo ideal sería recogerla en la LOGP puesto que afecta a la ejecución de la pena, y, como todos sabemos, la mayor parte de los aspectos de la misma están recogidos en la citada ley.

NOVENA.-. *La exigencia de la satisfacción de la responsabilidad civil debe referirse a las posibilidades de reparación de acuerdo con la situación económica del penado en el momento en que haya de adoptarse la resolución sobre su clasificación en tercer grado o libertad condicional.* La reparación del daño es signo inequívoco de una voluntad de integración social del penado. Por ello, esta exigencia debe regularse en forma análoga a la establecida en los artículo 81.1.3ª, 88 y 136.2.1º del Código penal, que no requieren para la suspensión o la sustitución de la pena de prisión o para la cancelación de los antecedentes penales, respectivamente. Lo importante no es la efectiva reparación del daño, sino el esfuerzo serio dirigido a esa reparación, por lo que no debe ser obstáculo para la clasificación en tercer grado o libertad condicional el estado de insolvencia del penado. Esto quiere decir que en sí mismo el requisito de la satisfacción de las responsabilidades

civiles para acceder al tercer grado o a la libertad condicional no puede ser establecido como condición absoluta para el disfrute de estos *beneficios*, sino que debe abordarse desde una perspectiva preventivo- especial, exigiendo que el penado haya puesto de manifiesto la tendencia a adecuar su conducta al respeto a la norma y a la víctima de su delito.

Por tanto, se trata de que el comportamiento postdelictivo observado por el penado es una circunstancia de especial significación a los efectos de realizar el juicio pronóstico de conducta futura, por lo que el legislador, al exigir la satisfacción de la responsabilidad civil lo hace en el sentido del *esfuerzo serio* de la reparación, como circunstancia objetiva que concreta el juicio pronóstico que debe realizar la Junta de Tratamiento y en vía recurso los órganos judiciales competentes. Por todo ello, entendemos que debería hacerse una interpretación analógica con los citados artículos del Código referentes a la suspensión, a la sustitución de las penas y cancelación de antecedentes penales, pues si se admite que el no satisfacer la responsabilidad civil no impide acceder a esas instituciones por qué no va a poder serlo cuando el penado se encuentra en una situación más gravosa: cumpliendo una pena privativa de libertad.

Estimamos la introducción de la satisfacción de la responsabilidad fue la reforma más positiva de la LO 7/2003, de 30 de junio, pues supone la introducción de la *restorative justice*, es decir, la justicia restaurativa, puesto que con ella trata de evitar el olvido de las víctimas y de atribuir a la intervención del aparato punitivo del Estado un sentido reparador que complemente el meramente retributivo o preventivo puesto que la justicia reparadora extiende su alcance a todas las fases del procedimiento incluso a la ejecución de la pena. Pero la fórmula legal adoptada no se adecua a las realizaciones legislativas y prácticas de mayor interés en el Derecho comparado y resulta técnicamente defectuosa. Sería conveniente reorientar esta justicia restauradora hacia programas de mediación y reparación a las víctimas.

Estamos de acuerdo que la exigencia de satisfacción de la responsabilidad civil para el acceso al tercer grado y la libertad

condicional debe referirse a las posibilidades de reparación de acuerdo con la situación económica del penado en el momento en que haya de adoptarse la resolución sobre su progresión de grado. Pero entender que es suficiente la declaración de insolvencia, como en la suspensión de condena (art. 81.3.º CP), desde nuestro punto de vista no es suficiente, también es importante valorar el verdadero esfuerzo realizado por el penado para la satisfacción de la responsabilidad civil, y, sobre todo, el rechazo del pago pudiendo hacerlo.

Con esta reforma se deja en manos de la Junta de Tratamiento una gran discrecionalidad en el estudio ponderado de los criterios valorativos, el JVP sólo resolverá sobre la responsabilidad civil vía recurso si lo interpone el Ministerio Fiscal contra la progresión a tercer grado o la libertad condicional. Pensamos que es el Juez o Tribunal sentenciador el órgano que mejor puede conocer la situación económica del penado ya que sólo éste puede solicitar la investigación patrimonial necesaria a la Agencia Tributaria (art. 989 LECRim.). Por tanto, la Junta de Tratamiento sólo tendrá conocimiento de lo que informen los Servicios Sociales Penitenciarios sobre la situación económica del interno, información que consideramos totalmente insuficiente para saber si el penado puede o no satisfacer la responsabilidad civil durante el cumplimiento de la pena.

Respecto de delitos que enumerados en el número 2 del artículo 72.5 LOGP, la expresión *singularmente* es confusa hasta el punto que puede hacer pensar que sólo es exigible la responsabilidad civil en ellos o incluso que en estos casos se requiere necesariamente el pago efectivo; pero ninguna de las dos interpretaciones se puede extraer del tenor literal del texto legal ya que en el nuevo n.º5 del art. 72 LOGP establece una regla general, por ello sólo cabe entender que con la expresión *singularmente* se quiere destacar una serie de delitos en los que la responsabilidad civil tiene una especial importancia por afectar a bienes que afectan a la colectividad y en ellos ha de haber una mayor exigencia respecto a los demás.

Entendemos que lo que realmente habría que valorar no es tanto la efectiva satisfacción de la responsabilidad civil, sino *la actitud del delincuente hacia la víctima* para valorar cual pueda entenderse, como un elemento más, la conducta desplegada respecto a la reparación del daño. Con satisfacer la responsabilidad civil no basta para entender que el penado ha comprendido el mal causado y que siente empatía hacia la víctima. Por todo ello consideramos oportuno la implementación de programas de tratamiento penitenciarios de reparación a las víctimas en la línea enunciada en el art. 91.2 CP para el adelantamiento de la libertad condicional privilegiada tras la LO 7/2003, de 30 de junio.

Podemos concluir en que si bien la legislación penitenciaria no hacía referencia expresa a la reparación del daño ni a la responsabilidad civil, éstos siempre han sido factores que se han podido utilizar si se consideraba oportuno para valorar la clasificación en tercer grado. Pero no cabe duda que tras la entrada en vigor de la citada ley el factor de la responsabilidad civil puede ser determinante para la clasificación en tercer grado, sobretodo, en los delitos socioeconómicos que establece el art. 72.5 LOGP. Ahora bien, la satisfacción de la responsabilidad civil ha de calificarse como positiva siempre que se refiera a la actitud y no meramente a la capacidad económica, pues entender que sólo puede acceder al tercer grado el que la satisface sería volver al anacronismo de la “prisión por deudas”.

Desde nuestro punto de vista *la Junta de Tratamiento no constituye un órgano capacitado para valorar el esfuerzo del penado para satisfacerla*, puesto que este órgano penitenciario sólo podrá estudiar el historial laboral del penado, valorando si tiene hábitos laborales consolidados, cualificación profesional, si tiene una oferta de trabajo, etc.; y en función de ello estimar si el interno podrá hacer el pago en un futuro. Si realmente esta reforma pretende concienciar al penado de su responsabilidad por los delitos cometidos, la simple satisfacción de la responsabilidad civil no garantiza esa no reincidencia delictiva.

DÉCIMA.- En cuanto a *los terroristas y penados por delitos cometidos en el ámbito de la delincuencia organizada*, consideramos más importante el alejamiento de este tipo de vida y la rehabilitación más que la obligada colaboración y/o delación. Puesto que la Decisión Marco del Consejo Europeo de 13 de junio de 2002 sobre la lucha contra el terrorismo no exige la delación sino sólo la figura del terrorista arrepentido en fase procesal pero no en la ejecutiva, el requisito sine qua non al exigir la delación para poder recibir a cambio un tercer grado y una libertad condicional nos parece insuflar a las instituciones de un mercantilismo contrario a los criterios científicos que deben presidir la ejecución penal y el tratamiento penitenciario. Hay que tener en cuenta que es posible que el penado por estos delitos, después de bastantes años de cumplimiento no pueda proporcionar información eficaz sobre los extremos anteriores, por lo que la colaboración con resultado positivo no puede convertirse en requisito sine qua non para el disfrute de tercer grado.

Estamos totalmente de acuerdo que el abandono del terrorismo y/o de la delincuencia organizada siempre es posible pero la colaboración no lo es, puesto que el penado puede ser simplemente un colaborador o un terrorista de base que no tiene ningún tipo de información, o la que tiene por el paso del tiempo ya está desfasada, Pero esta colaboración activa que se pide después de pasar 32 años en prisión para acceder al tercer grado o de 35 años para salir en libertad condicional lo más probable es que no sirva para nada por mucho que el penado lo quiera. Además si al penado por delitos de terrorismo se le aplicó la figura del *terrorista arrepentido* del Código Penal porque ya colaboró activamente con la justicia se entiende que ya tiene este requisito cumplido, pero aún sí que tendrá que esperar a cumplir los plazos fijados en el art. 78 CP. Por ello, estimamos necesaria la reforma del citado artículo estableciendo plazos menores de cumplimiento en caso de colaboración con la justicia y abandono de los fines o medios terroristas.

Suscita dudas que la acreditación de la desvinculación y la colaboración se confíe a "*informes técnicos*". Por tales cabe entender los emitidos por los profesionales penitenciarios.

Debería de verse con preocupación que por esta vía se tratara de conceder carta de naturaleza legal a informes policiales, posibilidad que, en estricta interpretación del texto legal, debe ser descartada. Tratándose de una materia relativa a la clasificación y progresión penitenciaria, no cabe entender que los informes técnicos sean otros que los de los profesionales penitenciarios, de modo que se atienda como interés principal a la evolución del condenado. Pero el legislador ha redactado un art. 72.6 harto nada claro, y que, en muchas ocasiones, los criterios a valorar se encuentran fuera del ámbito penitenciario, lo que exigirá una oportuna información al respecto para que, por ejemplo, las Juntas de Tratamiento puedan valorar el abandono del terrorismo y/o delincuencia organizada y la colaboración con las autoridades policiales o judiciales.

Las fórmulas de acreditación mencionadas son muy discutibles ya que la declaración expresa de repudio y el perdón de las víctimas no respetan la libertad ideológica individual, y la desvinculación de la organización terrorista tiene mecanismos de prueba muy reducidos como puedan ser el distanciamiento físico de otros miembros de la organización o el control de sus comunicaciones, visitas o remotos permisos de salida. Por otro lado, el requisito del arrepentimiento y petición de perdón resulta desproporcionado e injusto porque entra en aspectos morales y cambio de valores lo que no encaja en una resocialización dirigida a los actos no a los pensamientos. Por tanto, la petición expresa de perdón a las víctimas del delito tiene connotaciones moralistas; y además todo ello no garantiza que sea verdad, debería haber criterios más objetivos para acreditar el abandono de los fines o medios terroristas, valorando sobre todo su conducta penitenciaria que demuestre esa desvinculación con los grupos terroristas o de delincuencia organizada, aunque aquí, entendemos que habrá que tener en cuenta también el riesgo personal jurídicamente inexigible que puede correr el penado si manifiesta públicamente su alejamiento del terrorismo y/o de la delincuencia organizada.

UNDÉCIMA.- Al no haberse visto reformado el art. 92 del Código Penal por la LO 5/2010, de 22 de junio, en lo relativo a la dispensa del requisito de cumplimiento de las tres

cuartas partes o, en su caso, dos terceras de la condena para la concesión de la libertad condicional a *enfermos muy graves con padecimientos incurables*, debe entenderse que las propuestas y resoluciones de tercer grado formuladas sobre la base de las previsiones del art. 104.4 del Reglamento Penitenciario no resultan afectadas por el período de seguridad. En consecuencia, pueden realizarse tales propuestas con independencia del tiempo de condena extinguido, por razones de humanidad y de dignidad personal. Si bien esta instrucción hace mención sólo a la libertad condicional por enfermedad grave e incurable, nosotros entendemos que en base a las mismas razones de humanidad y de dignidad debe aplicarse a los septuagenarios. Igualmente, y por similares criterios, entendemos que no es requisito necesario el haber satisfecho las responsabilidades civiles.

Estando de acuerdo con este tipo de excarcelaciones, entendemos que debería producirse por otra vía diferente a la libertad condicional: indulto o suspensión de la pena en analogía a la enfermedad mental sobrevenida durante el cumplimiento de la pena que está regulada en la LECrim. Si la finalidad de la llamada impropia libertad condicional para enfermos incurables es de carácter humanitario y pretende sencillamente que el interno no fallezca en el establecimiento, y no constituye por ello un período de prueba para la vida futura como es el caso de la libertad condicional en general, no tiene sentido exigirle un pronóstico favorable de reinserción social, que es un requisito propio de la libertad condicional general pero que no tiene aplicación práctica en esta liberación humanitaria. El mismo criterio sería aplicable a los septuagenarios.

Según el art. 92 del CP los sentenciados que hubieran cumplido la edad de setenta años, o la cumplan durante la extinción de la condena, y reúnan los requisitos establecidos, excepto el haber extinguido las tres cuartas partes de aquélla, o, en su caso, las dos terceras podrán obtener la concesión de la libertad condicional. Este tipo de libertad condicional esta regulada en sede reglamentaria en el art.196 RP. Pero es curioso destacar que en el art. 104.4 RP la omisión del caso de los mayores de setenta años, pues el fundamento de la anticipación

de la libertad es el mismo y, por tanto, de igual forma se debería progresar a tercer grado con independencia de las variables de clasificación.

En estos casos, como establece el art.104.4, hay que valorar especialmente la dificultad para volver a delinquir y su peligrosidad social, y si la probabilidad de comisión de delitos muy graves es alta no se debería proceder a la clasificación en tercer grado y mucho menos excarcelar en libertad condicional.

La LO 7/2003, de 30 de junio, no aclara si los nuevos requisitos que introdujo si son aplicables a los enfermos incurables y mayores de setenta años ya que el art. 92 CP no ha sido reformado, por tanto, sólo se les exime de los requisitos temporales, por lo cual sólo cabe entender que en ellos también rigen los nuevos requisitos respecto de la responsabilidad civil y del terrorismo y/o delincuencia organizada (art. 72 5 y 6 LOGP).

Pero no cabe dudas que no es necesario el cumplimiento del periodo de seguridad para este tipo de internos. Debe entenderse que las propuestas y resoluciones de tercer grado formuladas sobre la base de las previsiones del artículo 104.4 del Reglamento Penitenciario no resultan afectadas por el período de seguridad. También quedan excluidos este tipo de penados de la satisfacción de la responsabilidad civil (art. 72.5 LOGP) si no puede hacer frente a la misma por las citadas razones humanitarias. Aún estando de acuerdo con este criterio, desde nuestro punto de vista entendemos que es mejor que sea el Código Penal el que realice la exclusión de tales requisitos.

DUODÉCIMA.- La LO 5/2010, de 22 de junio, en lo referente a los extranjeros no residentes legalmente en España, modifica la filosofía general relativa a las expulsiones, puesto que, si antes se trataba de una virtud discrecional de la que gozaba el tribunal sentenciador, ahora se ha convertido en una conminación legal para el juzgador y, sólo, excepcionalmente se admite el cumplimiento de la pena en una cárcel española. Esta contrarreforma responde a criterios meramente defensistas, utilitaristas y de política criminal. Pero consideramos que es necesario el indispensable juicio de ponderación y de un análisis individualizado de cada caso, y para ello es necesaria la

audiencia al penado y la motivación de la sustitución de la pena por la expulsión en el caso de que sea progresado a tercer grado o cumpla las 3/4 de la pena (art. 89 CP). Pensemos que cuando el penado alcance una de las dos situaciones citadas (tercer grado o cumplimiento de las tres cuartas partes de la pena) puede haber transcurrido mucho tiempo, y por tanto haber cambiado sus circunstancias personales y familiares. Por tanto, consideramos necesaria la reforma legal del citado artículo en sentido de revisar la situación del extranjero en el momento de su progresión a tercer grado o cuando cumpla las 3/4 de la pena, y en ese momento motivar si procede o no la expulsión.

Sería conveniente que se regulase a nivel legal y reglamentario la libertad condicional de los extranjeros no residentes legalmente en España puesto que el mencionado art. 89 CP puede dejar en una especie de “limbo legal” a los mismos si cuando son clasificados en tercer grado o cuando cumplen las 3/4 de la pena no son expulsados realmente. En este caso ¿podrían disfrutar de libertad condicional en nuestro país?. Entendemos que sí pero debería regularse esta situación, pues de no ser así se podría dar la paradoja que sólo podrían obtener la misma aquellos penados que motivadamente los jueces o tribunales decidan que deben cumplir la pena en España en base a la “naturaleza del delito”, es decir, por delitos especialmente graves.

Debería plasmarse a nivel legal la libertad condicional para extranjeros no residentes legalmente en España o de españoles residentes en el extranjero regulada en el art. 197.1 RP pues este artículo carece de cobertura legal.

El requisito de estar clasificado en tercer grado no debería exigirse para obtener la libertad condicional puesto que ésta es una característica del sistema progresivo clásico del que se dice que está superado en España. Desde nuestro punto de vista, si en nuestro país existiera un sistema puro de individualización científica así debería ser, pero como nos encontramos en esta situación, es razonable que se exija el estar en tercer grado como paso previo a la libertad condicional, pues

en el régimen abierto es donde se va comprobando la evolución del penado en libertad, aunque supervisada.

Consideramos necesaria la reforma del art. 90.1 CP para que *se desligue la relación tan directa que se ha establecido tras la LO 7/2003, de 30 de junio, entre la satisfacción de la responsabilidad civil y el informe final previsto en el art. 67 LOGP*, pues en cierta forma se subordina el resultado final de favorable o desfavorable a la satisfacción de la citada responsabilidad, obligando a mezclar en tal informe de pronóstico de futuro algo que puede tener una importancia relativa para el mismo.

Se deberían regular legalmente las figuras de la suspensión y ampliación de la libertad condicional puesto que en la actualidad hay un vacío legal de las mismas, siendo estas instituciones tan manejadas en la práctica cotidiana por los Jueces de Vigilancia debido a su utilidad en situaciones que no cabe ni la revocación ni una nueva propuesta de libertad condicional.

DECIMOTERCERA.- *El art. 25.2 de la Constitución otorga un amplio abanico de posibilidades al legislador para regular dicha ejecución de la pena privativa de libertad y a los gobiernos para concretar las diversas opciones político-criminales.* El Estado debe elegir entre las diferentes opciones y éstas son muy amplias según las decisiones que tome la Administración Penitenciaria de cada momento, pues ésta tiene amplias competencias en la ejecución de la pena. Pensamos que se debería volver a los orígenes constitucionales de la justicia, recordemos el art. 117 de Constitución establece “La Justicia... se ejecuta por el poder judicial...”. Por tanto, el poder judicial debería ser el encargado no sólo de controlar judicialmente la ejecución de las penas sino ejecutarlas directamente a través y con la colaboración de los órganos administrativos penitenciarios.

Entendemos que las resoluciones de clasificación deben estar perfectamente motivadas, especialmente cuando discrepen de la propuesta de la Junta de Tratamiento, cuyos miembros son los que conocen al penado y sus carencias. Y nos parece muy

acertado que el art. 107 RP ordene que se deben notificar al Ministerio Fiscal la clasificaciones o progresiones a tercer grado, a fin de que éste pueda interponer el respectivo recurso en caso de considerarlas no ajustadas a Derecho.

Se debería reformar el art. 47.2 LOGP y 154.2 RP en el sentido de suprimir el requisito de tener cumplida la cuarta parte de la pena para poder disfrutar de permisos de salida puesto que un sistema de individualización científica debe tender a suprimir plazos objetivos, no tiene sentido que para poder ser clasificado en tercer grado no sea requisito plazo alguno de cumplimiento si el delito es menos grave o si se levanta el periodo de seguridad, y, por el contrario, se prohíba disfrutar permisos ordinarios cuando está saliendo diariamente al exterior al estar en régimen abierto.

Valoramos como muy positivo la posibilidad de interposición del recurso de casación para unificación de doctrina en materia de clasificación penitenciaria pues ello puede influir favorablemente en la aplicación de criterios para no infringir el principio de igualdad ante la ley (art. 14 Const.).

DECIMOCUARTA.- Como ya ha demandado de forma reiterada la doctrina y los Jueces de Vigilancia, *queremos resaltar la necesidad de que el legislador apruebe una ley que regule el procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia en la línea de la frustrada LO de 1997, dado que actualmente existe un vacío legal que atenta contra la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva sin dilaciones.*

Si queremos reconducir nuestro sistema penitenciario a la verdadera individualización científica, *es necesario suprimir el periodo de seguridad y cualquier otro plazo temporal de cumplimiento, incluso de la libertad condicional, puesto que los plazos objetivos y rígidos pueden entorpecer la clasificación en tercer grado, la libertad condicional, y, por tanto, el tratamiento individualizado de cada penado.*

Consideramos que en el futuro debemos ir alejándonos de nuestro sistema tradicional de grados y acercarnos más a los planes individualizados de intervención en la línea de Alemania,

Bélgica y Suecia. Por ello pensamos que es muy útil el uso del principio de flexibilidad (art. 100.2 RP) como medio para profundizar en la individualización del tratamiento penitenciario, pero entendemos que la regulación del mismo debe hacerse en la LOGP para evitar la violación de la jerarquía normativa puesto que esta figura carece actualmente de respaldo legal.

DECIMOQUINTA.- No cabe duda de las bondades del régimen abierto como forma alternativa de cumplimiento de la pena privativa de libertad frente a la prisión cerrada y ordinaria. Por tanto entendemos que *se debe potenciar lo más posible y que la forma de cumplimiento tiene que ser lo más similar a la vida en libertad, por eso consideramos muy conveniente el uso de tipo de vidas en régimen abierto como las unidades dependientes y centros extrapenitenciarios*, pero también es oportuno que se amplíe al mayor tipo de penados posibles, no sólo a las madres con hijos y drogodependientes respectivamente, sino a otros a quienes puede ser positivo para su tratamiento la estancia en este tipo de unidades o centros.

El principio de flexibilización del cumplimiento de la pena prisión está produciendo *de facto* nuevas formas de cumplimiento cada vez más *inindividualizadas y personalizadas* como son los centros de madres o las unidades de dependientes con control telemáticos

DECIMOSEXTA.- Como señala la doctrina de forma reiterada la reclusión no debe desocializar; aquí, sin duda, las penas alternativas a la reclusión y, por supuesto, las *posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías* tienen mucho que decir, como ya ocurre con la aplicación del art. 86.4 RP a los penados que se les controla con medios telemáticos.

El art. 86.4 RP (control mediante sistemas telemáticos) establece un régimen de vida muy similar a la libertad condicional por lo que debería estar regulado en la LOGP para evitar la violación de la jerarquía normativa pues en la citada ley no se recoge este tipo de excarcelación. Por otro lado, también se evitaría que esté sólo regulado en sede reglamentaria una institución que puede atentar a derechos y/o libertades

públicas y por ello debe estar establecido en una ley orgánica (art. 81 Constitución), siendo la LOGP su ubicación ideal.

Respecto la utilización de *los controles telemáticos* consideramos que se puede ampliar su uso a la libertad condicional y a permisos de internos con un determinado perfil, en la línea de las reformas de la Ley Orgánica 11/2003, de 30 de septiembre, y la Ley 27/2003, de 31 de julio y la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre que han modificado las medidas de alejamiento, así como por la LO 5/2010, de 22 de junio, que lo establece como forma de control en la libertad vigilada en su art. 103.1.a (“La obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan el seguimiento permanente”). La última ley citada establece en el art. 37.4 al regular la pena de localización permanente que se pueden usar como medios de control medios mecánicos que permitan la localización del reo. También se pueden usar en las medidas de alejamiento permitiendo un mayor control sobre el agresor, así lo establece el art. 48.4 CP cuando determina: “El juez o tribunal podrá acordar que el control de estas medidas (de alejamiento) se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan”. Así pues, este sistema de control telemático podría utilizarse también para el control de los agresores y/o maltratadores en el ámbito familiar que estén en condiciones de disfrutar de permisos penitenciarios, régimen abierto o libertad condicional, sobre todo y obligatoriamente cuando el penado tenga impuesta tanto una pena o medida de prohibición de residir y acudir a determinados lugares, como la prohibición de acercarse a la víctima o a otras personas relacionadas con la misma. Con este control se garantizaría mejor que el penado cumpliera durante la ejecución de la pena de prisión las medidas de alejamiento indicadas en sus salidas al exterior. Para ello bastaría que este control fuese incluido, por analogía con el art. 86.4 del Reglamento Penitenciario, como requisito obligatorio para disfrutar de tales permisos, y en los programas de tratamiento tanto para la progresión a tercer grado como para la libertad condicional. Si bien sería necesaria su regulación en la LOGP pues el Reglamento no es el lugar idóneo para imponer

condiciones que pueden afectar a los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 81 Const.).

DECIMOSÉPTIMA.- *El concepto de grado tal y como se utiliza en la legislación española resulta escasamente trasladable a otras normas europeas.* En España la clasificación en un grado trae como consecuencia el respectivo régimen penitenciario; por el contrario, en otros países europeos la opción por la individualización del tratamiento no desemboca en diferentes grados, sólo en determinados casos en la decisión por un establecimiento o en otro, sin que se pueda establecer paralelismo entre régimen y tratamiento. En unos países rigen los sistemas de planificación donde el tratamiento evoluciona sin pautas prefijadas, al tiempo que evoluciona el interno. Los sistemas de planificación se encuentran dotados de mayores posibilidades de individualización subjetiva del tratamiento en función de las necesidades del penado, que se valoran periódicamente con independencia del tiempo transcurrido de condena. . Por tanto, existen dos grandes sistemas de aplicación del tratamiento penitenciario, el sistema clásico de progresión objetiva y el sistema de individualización científica a través de la planificación general del tratamiento. El sistema penitenciario de nuestra LOGP mantiene puntos comunes con los dos sistemas indicados, siendo la característica general la opción por el sistema progresivo, y eso que se pronuncia por la individualización científica basada en estudio de la personalidad del penado (art. 72 LOGP), lo cierto es que establece taxativamente los grados del régimen en relación con el tratamiento penitenciario, pero también teniendo en cuenta el tiempo de condena transcurrido, y más todavía después de las reformas introducidas por la LO 7/2003 de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas (art. 36.2 y 78 CP), estos artículos han sido mantenidos por la LO 5/2010, de 22 de junio.

En las legislaciones europeas, en general, no se concreta una modalidad u otra de tratamiento, pero está claro que es característica mayoritaria los sistemas de progresión en el tratamiento hacia una mayor responsabilidad y más libertad tanto dentro como fuera de la prisión. El régimen abierto, también denominado en otros países semilibertad, permite al

condenado salir del establecimiento penitenciario en el que cumple su pena para, con vistas a su inserción social, ejercer una actividad profesional, seguir una enseñanza o formación profesional, realizar prácticas u ocupar un empleo temporal o, asimismo, para poder participar en la vida de su familia o recibir un tratamiento médico, sin estar bajo la vigilancia constante de la Administración penitenciaria. El régimen de semilibertad tiene por objeto atenuar uno de los principales inconvenientes reconocidos de la privación de libertad, la desocialización del condenado. Frente a la condena condicional con puesta a prueba, la semilibertad parece conciliar mejor la exigencia de resocialización con la protección de la colectividad.

En el reducido número de estados de Europa la semilibertad se utiliza más bien en fase de ejecución de la pena como etapa intermedia entre la vida carcelaria y la vuelta a la vida en libertad. Solamente en una minoría de Estados puede ser acordada *ab initio*, tal es el caso de España, siempre y cuando se cumplan determinados requisitos.

En los países latinoamericanos predomina el sistema progresivo de cumplimiento de condenas y en algunos supuestos con la variante perfeccionada del sistema de individualización científica. El régimen abierto se aplica a los penados clasificados en una etapa en que pueden continuar su tratamiento en régimen de semilibertad, usualmente se utiliza para el desempeño de actividades laborales que faciliten su reintegración social, con posterioridad al cumplimiento de la condena. Se trata por ello de un fundamental instrumento resocializador que se utiliza en casi todas las legislaciones iberoamericanas. Este régimen de vida se lleva a cabo sin controles rígidos así como por la confianza y responsabilidad de los penados. Este tipo de vida se realiza en centros abiertos.

En algunos países latinoamericanos, en virtud de un sistema de individualización, se acepta que los penados puedan ser admitidos en el régimen abierto desde su primera clasificación, con la finalidad de la mejor readaptación social. Por el contrario, la existencia de un periodo de seguridad (tiempo a cumplir para el disfrute del régimen abierto) se

establece en otros. En algunos de estos países no se prevé el régimen abierto sino que se establece la salida anticipada en libertad condicional.

ÚLTIMA.- *Por todo lo expuesto, consideramos necesaria y urgente la reforma de la LOGP* pues aunque su flexibilidad y su miras de futuro le ha permitido cumplir más de treinta años de vigencia, no cabe duda que cuando se aprobó no podía prever instituciones o situaciones que afectan a la clasificación y que se han ido creando con la práctica penitenciaria (unidades dependientes, cumplimiento en centros extrapenitenciarios, controles telemáticos, etc.) que cuentan con respaldo en sede reglamentaria pero que carecen de cobertura legal; y por ello deben ser reguladas en la propia LOGP porque afectan a derechos fundamentales y a libertades públicas. No cabe duda de que la citada reforma debería abarcar a otras áreas penitenciarias que también deben estar reguladas en sede legal.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- AAVV., *El Espacio Europeo de libertad, seguridad, y justicia*, Ministerio del Interior. Madrid, 2000.
- AAVV., *El tratamiento penitenciario: recursos y necesidades*, Asociación de Técnicos de Instituciones Penitenciarias, 2003.
- AAVV., *La reforma del proceso penal*, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Ministerio de Justicia, 1989, Madrid.
- AAVV., *Unidades Externas de Madres*, Ministerio del Interior, Madrid, 2011.
- Acale Sánchez, M., “Terrorismo, delincuencia organizada y penas” en *Nuevos retos del Derecho Penal de la globalización*, Valencia, 2004.
- Alarcón Bravo, J., “El tratamiento penitenciario”, *Estudios penales y criminológicos*, Santiago de Compostela, 1978.
- Alarcón Bravo, J., “Las resoluciones de tercer grado desde la publicación de la LOGP”. *Revista de Estudios Penitenciarios*, Madrid, Nº 240, 1988.
- Alderete Lobo, R., “La judicialización y el principio de legalidad en la ejecución penal”, en *Revista de derecho penal y proceso penal*, Nº 2 (2004).
- Alonso Pérez, F., “Expulsión administrativa de extranjero”, *Diario La Ley* Nº 6053 de 7 de julio de 2004.
- Álvarez García, F. J., “El nuevo modelo de política criminal” en *Jueces para la Democracia*, Nº 57, noviembre, 2006.
- Álvarez García, F. J., *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Granada, 2001.
- Aranda Carbonell, M^a J., *Reeducación y reinserción social. Tratamiento Penitenciario. Análisis teórico y aproximación practica*, Madrid, 2007

- Aránguez Sánchez y Alarcón Navio, *El Código penal francés traducido y acotado*, Granada, 2000.
- Arias Eibe, J. M^a., "La respuesta específica a la violencia doméstica en el artículo 153 del Código Penal: estudio jurídico-penal", Madrid. *Revista Actualidad Penal* N° 32, septiembre, 2001.
- Arias Senso, M., "Expulsión de extranjeros condenados: aproximación crítica y comentario de urgencia a la STS de 8 de julio de 2004", *Diario La Ley*, N° 6160, 3/1/2005.
- Armenta González- Palenzuela, F. J. y Rodríguez Ramírez, V., *Reglamento Penitenciario Comentado*, Sevilla, 2001 y 6^a Ed. 2008.
- Arribas López, E., "Apuntes para la reordenación normativa de los permisos penitenciarios", *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso*, Año 2007-1.
- Arribas López, E., "Ficheros de internos de especial seguimiento (FIES): Incidencia de la reforma del Reglamento Penitenciario y de la normativa administrativa interna posterior", *La Ley Penal*, N° 96-97, 1/9/2012.
- Arribas López, E., "Reflexiones en torno a los fines de la pena y a los regímenes de cumplimiento de la pena en prisión", *Revista Poder Judicial* N° 77, 2005.
- Arribas López, Eugenio, "Aproximación a un derecho penal del enemigo", *Revista de Estudios Penitenciarios*, N° 253, Año 2007.
- Asencio Cantisan, H., "Recursos contra las resoluciones de los Jueces de Vigilancia en la Ley Orgánica del Poder Judicial", *Revista Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1987.
- Asúa Batarrita, A., "Política Criminal y Política de Extranjería", Madrid, *Revista Actualidad Penal* N° 42 de 2001.
- Asúa Batarrita, A., *Régimen abierto en las prisiones*, Bilbao, 1992.

- Bajo Fernández, M., *La justicia en la jurisprudencia del TC*, Volumen II, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia.
- Baratta, Alessandro, “Integración-Prevención: Una “Nueva” Fundamentación de la pena Dentro de la teoría Sistémica”, en *Revista Doctrina Penal*, Año 8, N° 29, 1985.
- Barbaret Havican, Rosmery y otros "Política Criminal", *Cuadernos de Derecho Judicial*, Escuela Consejo General Poder Judicial, Madrid, 1999.
- Barred, Wayne, “Electronic monitoring: corrective Services Bill 2000”, *Legislation Brief 11/00*, Queensland Parliamentary Library, Brisbane, 2000.
- Bek, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, 1998.
- Bentham, Jeremy, *El Panóptico*, Madrid. 1979.
- Bentham, Jeremy, *Tratados de Legislación Civil y Penal*, 1821, Edición de Magdalena Rodríguez, Madrid, 1981.
- Berdugo Gómez de la Torre, I. (Coordinador), Zúñiga Rodríguez, L., Fernández García, J., Pérez Cepeda, A. I. y Sanz Mulas, N., *Manual de Derecho Penitenciario*, Madrid, 2001.
- Berdugo Gómez de la Torre, I., Zúñiga Rodríguez, L., Fernández García, J., Pérez Cepeda, A. I. y Sanz Mulas, N., *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*, Tomo VI, Derecho Penitenciario, Madrid, 2010.
- Bergalli, R., “Las funciones del sistema pena en el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídica” en *Sistema penal y problemas sociales*, Valencia, 2003.
- Beristain Ipiña, A. y otros autores "Política Criminal comparada, hoy y mañana". *Cuadernos de Derecho Judicial*, Escuela Consejo General Poder Judicial, Madrid, 1999.
- Beristain Ipiña, A., “Justicia restauradora”, *Diario El País*, 12/1/2003.

- Beristain Ipiña, A., *Nueva Criminología desde el Derecho Penal y la Victimología*, Valencia, 1994.
- Binder, Alberto y Maier, Julio, “El Derecho penal hoy” en *Libro homenaje al Profesor David Baigún*, Buenos Aires, 1995.
- Blanco Lozano, C. y Tinoco Pastrana, A., *Prisión y resocialización*, Madrid, 2009.
- Boix Reig, J., “De nuevo sobre el principio de legalidad”, *Revista. General de Derecho*, Valencia, Mayo 1987.
- Boix Reig, J., “Significación jurídico-penal del art. 25.2 de la Constitución”, en *Escritos penales*, Valencia, 1986.
- Boix, Vicente, *Sistema penitenciario del presidio correccional de Valencia*, Valencia, 1850.
- Bombin, Gabriel, *La judicialización de la ejecución de la pena en la provincia de Buenos Aires: notas sobre un proceso inconcluso*, Universidad del Mar del Plata, 2006.
- Bona i Puivart, R. “Clasificación y tratamiento penitenciario”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1995.
- Bonal Falgas, R., “La comunidad y el régimen abierto”, *Revista Estudios Penitenciarios*, Madrid, N° 240, 1988.
- Bonesana, Cessare (Marqués de Beccaria), *De los delitos y de las penas* (Trattato dei delitti e delle pene), Madrid, 1982.
- Bonta, James, Walalace- Capretta, Suzanne. Rooney, Jennifer, *Restorative justice: an evaluation of the restorative resolutions projet*, Cánada, 1998.
- Borja Jiménez, E., *Curso de política criminal*, Valencia, 2003.
- Bueno Arús, F., “A propósito de la resocialización del delincuente”, *Cuadernos de Política Criminal*, N° 25, 1985.
- Bueno Arús, F., “Cien años de Legislación Penitenciaria (1881-1981)” en *Revista de Estudios Penitenciarios*, N° 232-235, Ene-Dic, 1981.

- Bueno Arús, F., “Derechos de los internos” en *VVAA Comentarios a la legislación penal. Ley Orgánica General Penitenciaria*, Tomo VI, Vol. I Madrid, 1986.
- Bueno Arús, F., “El sistema penitenciario español”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, Nº 169-171, Abril-Diciembre, 1965.
- Bueno Arús, F., “La reforma de la Ley y del Reglamento Penitenciario”, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, Nº 7, San Sebastián, 1993.
- Bueno Arús, F., *Estudio preliminar. La reforma penitenciaria española de García Valdés*, Instituto Criminología, Madrid, 1981.
- Bueno Arús, F., *La ciencia del derecho penal: un modelo de inseguridad jurídica*, Madrid, 2003.
- Bueno Arús, F., *Nociones de prevención del delito y tratamiento de la delincuencia*, Madrid, 2008.
- Cáceres García, J y Renart García F., “La motivación en las decisiones de la administración penitenciaria a la luz de la ley y el reglamento penitenciario: análisis sistemático”, *Revista Actualidad Penal* Nº 26, 2003.
- Cadalso y Manzano F., “Informe del negociado de inspección y estadística. En expediente general para preparar la reforma penitenciaria”, Dirección General de Prisiones, Madrid, 1904.
- Cadalso y Manzano F., *Instituciones Penitenciarias en los Estados Unidos*, Madrid. 1913.
- Cámara Arroyo, S., “La libertad vigilada en adultos”, *La Ley Penal*, Nº 96-97, 1/10/2012.
- Cancio Melia, M., “¿Derecho penal del enemigo?”, en *Derecho penal del enemigo*, con Jakobs, G., págs. 57-102, Madrid, 2003.
- Capdevila Capdevila, M. Parés i Gallés, R. Ferrer Puig, M. Luque Reina, E. Torrecillas Madrid, M. “La clasificació inicial en règimen obert dels condemnats a presó”, *Justidiata*, Nº 43. Febrer, 2006.

- Carbonell Mateu, J. C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Valencia, 1996.
- Carrillo De Las Heras, María Trinidad, “La pena privativa de libertad en la España del siglo XIX” en la obra *Historia de la prisión*, Coordinador García Valdés. C., Madrid, 1997.
- Castellano Rausell, P. “Las últimas reformas penales”, *Cuadernos de Derecho Judicial* III-2005, CGPJ, Madrid.
- Castrillo, M^a. C., “El juez de vigilancia penitenciaria y la ejecución de las penas”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Derecho penitenciario, 1998.
- Castro Moreno, A., *El por qué y el para qué de las penas* (Análisis crítico sobre los fines de la pena), Madrid, 2008.
- Cerezo Domínguez, A., “Origen y evolución histórica de la prisión”, en *La prisión en España* (Una perspectiva criminológica), Granada, 2007.
- Cervelló Donderis, V., "Los nuevos criterios de clasificación penitenciaria", *Revista La Ley penal, procesal y penitenciaria*, Nº 8, Año 1, Septiembre, 2004.
- Cervelló Donderis, V., “El sentido actual del principio constitucional de reeducación y reinserción social”, en *Presente y futuro de la Constitución española de 1978*, Tomo I, Universidad Valencia, 2005.
- Cervelló Donderis, V., “Los fines de la pena en la LOGP”, publicado en *Jornadas en Homenaje al XXV Aniversario de la LOGP*, Madrid, 2005.
- Cervelló Donderis, V., “Restricción de beneficios penitenciarios en el Código Penal de 1995”, *Cuadernos jurídicos*, Nº 42, Junio, 1996.
- Cervelló Donderis, V., *Derecho Penitenciario*, Valencia, 1^a Edición 2001, 2^a Ed. 2006 y 3^a Ed. 2012.
- Cervelló Donderis, V., “La clasificación en tercer grado como instrumento de resocialización”, en *El Juez de Vigilancia y el tratamiento penitenciario*, CGPJ, Madrid, 2006.

- Cesano, José Daniel, “Derecho fundamentales de los condenados a penas privativas de libertad y restricciones legales y reglamentarias: en búsqueda de los límites del legislador y de la administración”, en <http://www.eldial.com.ar/>, consultado el 14 de febrero del 2009.
- Cesano, José Daniel, “Legalidad y control judicial. Construcción de garantías para lograr un ‘trato humano’ en prisión. Reflexiones a partir de la realidad argentina”, en *Boletín mexicano de derecho comparado*, N° 118, 2007.
- Cesano, José Daniel. “De la crítica de la cárcel a la crítica de las alternativas”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2001.
- Chiang Rebolledo, M. E., *El procedimiento ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria*, Barcelona, 2003.
- Choclan Montalvo, José A., *La individualización judicial de la pena*, Madrid, 1997.
- Choclan Montalvo, José A., *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal*, Madrid, 2000.
- Cid Moliné, J., “El sistema penitenciario en España”, *Jueces para la Democracia*, N° 45, 2002.
- Cid Moliné, J., *Derecho a la reinserción* (Consideraciones a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional en materia de permisos)”, diciembre 1997
- Cid Moliné, J., y Larrauri Pijoan, E., *Penas alternativas a la prisión*, Barcelona, 1997.
- Conde-Pumpido Ferreiro, F. C., *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 2004.
- Conde-Pumpido Tourón, C., “Ejecución de las penas privativas de libertad como función jurisdiccional”, VVAA., *Derecho y prisiones hoy*, Universidad Castilla- La Mancha. Cuenca, 2003.
- Conde-Pumpido Tourón, F., “El principio de oportunidad reglada: su posible incorporación al sistema del proceso penal español”, AA.VV, *La reforma del proceso penal*, II Congreso

de Derecho Procesal de Castilla y León, Ministerio de Justicia, 1989, Madrid.

- Córdoba Roda, J. “La pena y sus fines en la Constitución” en *La reforma del Derecho penal*, Bellatera, 1980.

- Córdoba Roda, J., *La pena y sus fines en la Constitución*, Bogota, 1982.

- Cornil, P., Comunicación al Congreso de La Haya. 1950, Actas. Vol. IV, “La peine de prison”, *Reveu Internationale de Criminologie et de Poice Technique*, N° 3, 1955.

- Corrochano, Gloria, “Los programas de tratamiento en el sistema penitenciario español”, ponencia presentada al *Seminario de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria*, Centro de Estudios Jurídicos, celebrado los días 27 y 28 de marzo de 2006.

- Cuello Calón, E., *La moderna Penología*, Barcelona, 1958.

- Cuerda Riezu, A, *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España*, Barcelona, 2011.

- De Castro Antonio, J. L., “El periodo de seguridad”, *XIII Reunión de Jueces de Vigilancia*, Valencia, 2004.

- De Castro Antonio, J. Luis (Director), *Derecho Penitenciario II*, CGPJ, Madrid, 2004.

- De la Cuesta Armendáriz, J. L. “El régimen abierto” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, Tomo XLIX, 1996, enero-abril.

- De la Cuesta Arzamendi, J. L. “Actualidad del discurso penal ilustrado: el principio de humanidad”. Lección de ingreso en la Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País, 8/2/2011. Instituto Vasco de Criminología, www.ivac.ehu.es/

- De la Cuesta Arzamendi, J. L. “El principio de humanidad en Derecho Penal”, *Eguzkillore*, N° 23, 2009.

- De la Cuesta Arzamendi, J. L. “La resocialización. Objetivo de la intervención penitenciaria”, *Papers d’estudis i formació*, N° 12, 1993.

- De la Cuesta Arzamendi, J. L., “Reflexiones acerca de la relación entre régimen penitenciario y resocialización”, *Eguzkilore*, N° extraordinario 2, 1989.
- De la Cuesta Arzamendi, J. L., “Sistema cooperativo” en *Comentarios a la legislación penal* (Dir. Manuel Cobo del Rosal y Coord. Miguel Bajo Fernández), Tomo VI, Vol.1º, Madrid, 1986.
- De la Rosa Cortina, J. M. “La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente condenados a pena privativa de libertad inferior a seis años tras la LO 11/2003”, *Diario La Ley penal*, N° 6042, de 17 de junio de 2004.
- De Lamo Rubio, J., *El Código Penal de 1995 y su ejecución*, Barcelona, 1997
- De León Villalba, F J., “La pena privativa de libertad en el derecho comparado” en *Derecho y prisiones hoy*, Universidad Castilla- La Mancha, Cuenca 2003.
- De León Villalba, F. J., y Rodríguez Yagüe, C., “Las prisiones españolas en cifras”, *Revista General de Derecho Penal*, N° 2, 2004.
- De Quirós, Bernardo, *Cursillo de Criminología y Derecho Penal*, Trujillo, (México), 1940.
- De Quirós, Bernardo, *Lecciones de Derecho Penitenciario*, México, 1943.
- De Rody, Alberto. “La España Penal y Penitenciaria del siglo pasado, vista desde el extranjero”, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, 1946 N° 12, Marzo.
- De Rody, Alberto. “La España Penal y Penitenciaria del siglo pasado, vista desde el extranjero”, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, 1946 n° 12, Marzo
- De Vicente Martínez, Rosario, “La observación de los internos”, *Diario La Ley*, N° 7121, 24/2/2009.
- Defensor del Pueblo, *Situación penitenciaria y de los depósitos municipales de detenidos 1988-1996*, Madrid, 1997.

- Del Moral, A. “Recursos frente a decisiones en materia de ejecución de penas privativas de libertad”, *Curso formación en derecho penitenciario*, CGPJ, Madrid, Septiembre, 2003.
- Del Rosal Blasco, B., ”¿Hacia el derecho penal de la postmodernidad?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 11-08(2009).
- Del Rosal, J., *Tratado de Derecho Penal español*, Parte general, Vol. I, Madrid, 1968
- Demetrio Crespo, E., “El Derecho Penal del enemigo. Sobre la ilegitimidad del llamado derecho penal del enemigo” y la idea de la seguridad, *iuestel.com*. Nº 4 Noviembre 2005.
- Díez Ripolles, J. L. “La evolución del sistema de penas en España: 1975-2003”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 08-0-7(2006).
- Díez Ripolles, J. L., “La víctima del delito en la política criminal y el derecho penal, en *Jueces para la Democracia*, Nº 57, noviembre/2006.
- Díez Ripolles, J., “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 06-03(2004).
- Duque Villanueva. “El Derecho a la intimidad personal y familiar en el ámbito penitenciario”, en *Cuadernos de Derecho judicial*, Nº 22, Madrid, 1996.
- Escobar Marulanda, *Los monitores electrónicos ¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel*, Madrid, 2000.
- Espina Ramos, J. A., “La prisión perpetua en la España actual”, *Revista Actualidad Penal*, Nº 9, 2003
- Espina Ramos, J. A., “La reforma par el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: luces y sombras”, *Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Nº 11, 2004
- Estevan de la Fuente, G. “El control judicial de los actos de la Administración Penitenciaria”, *Sepin*, Julio 2008.

- Estevan de la Fuente, G., “Nuevos requisitos para el acceso al tercer grado”, *Revista de Técnicos de IIPP*, Cáceres, Nº 1/2004.
- Faralo Cabana, P., “Un Derecho Penal de enemigos para integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas” en *Nuevos retos del Derecho Penal de la globalización*, Valencia, 2004.
- Fernández Álvarez, B. M., “Caracteres generales del sistema de vida penitenciario”, *Noticias Jurídicas*, <http://noticias.jurídicas.com/articulos/>.
- Fernández Aparicio, J. M., “Las nuevas funciones de vigilancia penitenciaria en la LO 15/2003, de modificación del Código Penal”, *La Ley Penal*, Nº 13, Febrero 2005.
- Fernández Aparicio, J. M., *Derecho penitenciario. Comentarios prácticos*, Madrid, 2007.
- Fernández Arévalo, L. y Nistal Burón, J., *Manual de Derecho Penitenciario*, Pamplona, 2011.
- Fernández Arévalo, L., “Alcance de la disposición transitoria única de la Lo 7/2003, de 30 de junio: retroactividad”, *XIII Reunión Jueces de Vigilancia Penitenciaria*, Valencia, 2004.
- Fernández Arévalo, L., “Derecho penitenciario y extranjería”, Seminario Migraciones internacionales y extranjería, Diciembre 2005
- Fernández Arévalo, L., *Extranjería: Derecho Penal y Penitenciario*, Consejo General de la Abogacía Española, 2003.
- Fernández García, J., *Cárceles y sistemas penitenciarios*, Universidad Salamanca, 2004.
- Fernández García, J., *El presente de la ejecución penitenciaria: XXV aniversario de la Ley Orgánica General Penitenciaria*, Universidad Salamanca, 2004.
- Fernández García, J., *La actual reforma del Código Penal: Acierto o confusión*, Universidad Salamanca, 2004.

- Fernández García, J., *La necesidad del control judicial de las penas*, Universidad Salamanca, 2004.
- Fernández García, J., "Un derecho penal mejor", *Diario El País*, 16/2/2003
- Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del Garantismo penal*, Madrid, 1995, 2001 y 2005.
- Ferrajoli, L., *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid, 2006.
- Figueroa Navarro, *Los orígenes del penitenciarismo español*, Madrid, 2000.
- Foucault, Michel, *Vigilar y castigar*, Madrid, 1984.
- Freixa Egea, G., "Régimen penitenciario/clasificación y art. 75 del Reglamento Penitenciario. ¿Es el art. 75 RP un nuevo régimen de vida?", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 14-09 (2012).
- Fuentes Osorio, J. L., "Sistema de clasificación penitenciaria y el "período de seguridad" del art. 36. CP", *Revista para el análisis del derecho InDret* 1/2011.
- Gallego Díaz, M., "Acercas de la naturaleza jurídica del adelantamiento de la libertad condicional", *Revista de Estudios Penitenciarios*, Extra 2006, Homenaje al Profesor Bueno Arús, 2006.
- García Albero, R. y Tamarit Sumilla, J. M^a, *La reforma de la ejecución penal*, Valencia, 2004.
- García Arán, M. y De Sola Dueñas, *Legislación penitenciaria europea comparada*, Generalitat de Catalunya. Centre d'Estudis Jurídics i formació especializada, Barcelona. 1991.
- García Arán, M., "La ejecución penitenciaria en una sociedad cambiante: hacia un nuevo modelo", en *La ley penal. Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N° 30, 2006.
- García Arán, M., *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho Español*, Barcelona, 1982.

- García Básalo, “Los establecimientos abiertos en España”, *Revista del Instituto de investigaciones y docencia criminológica*, 1962.
- García Básalo, “Tratamiento de seguridad mínima”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, Nº 176-177, Enero-Junio, 1967.
- García García, Julián, *Drogodependencias y Justicia Penal*, Ministerio de Justicia y Ministerio del Interior, Madrid, 1999
- García Mateos, M. P., *La ejecución de la pena privativa de libertad en el medio social abierto*, Madrid, 2004.
- García Valdés, “La ejecución de las penas privativas de libertad en la nueva legislación penitenciaria”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1 de Diciembre de 1997, Nº 1810.
- García Valdés, C., *Comentarios a la legislación penitenciaria: Ley Orgánica General Penitenciaria*, Cobo Del Rosal, Manuel (director), Madrid, 1982 y 1986.
- García Valdés, C., *Del presidio a la prisión modular*, Madrid, 1997.
- García Valdés, C., *Diccionario de Ciencias Penales*, Madrid, 1999.
- García Valdés, C., *Estudios de derecho penitenciario*, Madrid, 1982.
- García Valdés, C., *Historia de la prisión. Teorías economicistas. Crítica*, Madrid, 1997.
- García Valdés, C., *Hombres y cárceles*, Madrid. 1984.
- García Valdés, C., *La nueva Penología*, Madrid, 1977.
- García Valdés, C., *La reforma de las cárceles*, DGIIPP, Madrid, 1978.
- García Valdés, C., *Las prisión, ayer y hoy*, Sevilla, 1983.
- García Valdés, C., *Régimen penitenciario en España* (investigación histórica y sistemática), Colección de

criminología y derecho penal, Publicaciones del Instituto de Criminología, Universidad de Madrid, Madrid, 1975.

- García Valdés, C., *Régimen penitenciario en España*, Instituto de Criminología, Madrid, 1973.

- García Valdés, C., *Teoría de la pena*, 3ª Edición, Madrid, 1985.

- García Vázquez, A., “Siglo XIX y principios del XX. Presos jóvenes. La Galera de mujeres y Derecho penitenciario militar”, *Historia de la prisión*, Coordinador García Valdés. C., Madrid, 1997.

- García-Pablos, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, Valencia, 1996.

- García-Pablos, A., *Manual de Criminología, Introducción y teorías de la Criminalidad*, Madrid, 1988.

- Garland, David, *La cultura del control, Crimen y orden social en la sociedad contemporánea* (Trad. Sozzo, Máximo), Barcelona, 2005.

- Garrido Genovés V., Stangeland, Per y Redondo Illescas, S., *Principios de Criminología*, Valencia, 1999.

- Garrido Genovés, V. y Redondo Illescas, S., *El tratamiento penitenciario en el primer decenio de la LOGP*, Madrid, 1992.

- Garrido Genovés, V., “Fundamentos de los programas educativos en la comunidad para delincuentes”, *Revista de estudios penitenciarios*, Nº 240, Madrid, 1988.

- Garrido Guzmán, L., “En torno al Proyecto de la Ley Orgánica General Penitenciaria”, *Estudios Penales*, Valencia, 1979.

- Garrido Guzmán, Luis, *Manual de Ciencia Penitenciaria*, Madrid, 1982.

- Germain, CH., “Informe General, en Actas del Congreso de La Haya 1950”, Vol. 4, Verna, 1951.

- Gibbs, Anita y King, Dense. “The electronic ball and Chain? The operation and impact of home detention with electronic

- monitoring in New Zeland”, *Australian and New Zealand Journal of Criminology*, Vol. 36, N°1, 2003.
- Gimbernat Ordeit, *Introducción a la Parte General del Derecho Penal español*, Madrid, UCM, 1979.
 - Giménez Salinas, E., “Autonomía del derecho Penitenciario”, *Cuadernos de derecho judicial* N°. 33, 1995 (Ejemplar dedicado a: Derecho penitenciario).
 - Gofman, Irving, *Internados: ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, Buenos Aires, 1994.
 - Gómez Pérez, J.M., “Los sistemas de grados y permisos”, Ponencia del Curso Selectivo del Cuerpo Superior de Técnicos de Instituciones Penitenciarias, DGIIPP, Madrid. Marzo, 2007.
 - González Campo, E., “Clasificación y tratamiento penitenciario”, [http: www.Fiscalia org](http://www.Fiscalia.org).2002.
 - González Campo, E.,”El principio de flexibilidad en la ejecución penal”. [www.Fiscalia org](http://www.Fiscalia.org).2004.
 - González Cano, M^a I., *La ejecución de la pena privativa de libertad*, Valencia, 1994.
 - González Cussac, J. L. “La contrarreforma penal de 2003. Nueva y vieja política criminal”, *Revista Xurídica Gallega* N° 38/2003.
 - González del Pozo, J. “La satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito como requisito para acceder al tercer grado y obtener la libertad condicional”, *XIII Reunión de Jueces de Vigilancia*, Valencia, 2004.
 - González Guitian, L.,”Evolución de la normativa penitenciaria en España hasta la promulgación de la LOGP”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, Madrid, 1989.
 - González Pastor. C. P., “Análisis de la LO 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* N° 40, 2003.

- González Rus, “Control electrónico y sistema penitenciario”, *VIII Jornadas penitenciarias andaluzas*, 1991, Sevilla.
- González Tascón, M., “El periodo de seguridad” dentro de *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, dirigida por Álvarez García y González Chusca, Valencia, 2010.
- Gonzalo Rodríguez, Rosa M^a., “Análisis del Código Penal tras la LO 7/2003, de 30 de junio, de Medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, *La Ley Penal*. N^o 9, Octubre 2004.
- Göppinger, H., *Criminología*, Madrid, 1975.
- Gracia Martín, L. “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado *Derecho penal del enemigo*”, *Revista electrónica de Derecho Penal y Criminología*, 2005, N^o 07-02.
- Gudín Rodríguez-Magariños, F. *Cárcel electrónica y sistema penitenciario del siglo XXI*, Universidad Alcalá de Henares, 2005.
- Gudín Rodríguez-Magariños, F., “Introducción a la historia de las prisiones”. <http://ocw.innova.uned.es/ocwuniversia/derecho-constitucional/derechos-de-los-reclusos/pdf/ESTUDIO0.pdf>. Consulta 28/6/2010.
- Gudín Rodríguez-Magariños, F., “La nueva pena de libertad vigilada bajo control de sistemas telemáticos”, *Revista General del Derecho Penal*, N^o 11.2009.
- Heiko Lesch, *La función de la pena*, Madrid, 1999.
- Hernando Galán, M^a B., *Los extranjeros en el Derecho Penitenciario español*, Madrid, 1997.
- Herrera Cuevas, E., “La jurisdicción de vigilancia antiterrorista”, *Diario La Ley* N^o 5672, 9/12/2002.
- Herrero Herrero, C., *Criminología*, Madrid, 1997.
- Herrero Herrero, C., *España penal y penitenciaria. Historia y actualidad*, Madrid, 1986.

- Herrero Herrero, C., *Estudios de Derecho Penal, Procesal-Penal y Criminología*, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1993.
- Jaén Vallejo, M., “Suspensión y libertad condicional: dos formas de inejecución de la pena privativa de libertad”, VII Encuentro de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano. Bogota, 2003.
- Jakobs, G., “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente” en AA.VV. Muñoz Conde, F. (coord.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Valencia, 2004.
- Jakobs, G., y Cancio Melia, M., *Derecho Penal del Enemigo*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2003.
- Jiménez Salinas i Colomer, E., “Autonomía del Derecho Penitenciario. Principios informadores de la Ley Orgánica General Penitenciaria”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Nº 33, 1995.
- Juanatey Dorado, C. “La Ley de Medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, y los principios constitucionales del Derecho Penal”, *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Nº 9, Octubre 2004.
- Juanatey Dorado, C., “Los límites al derecho a la intimidad en el ámbito penitenciario”, *La Ley Penal*, Nº 49, 28/5/2008.
- Juanatey Dorado, C., *Manual de Derecho Penitenciario*, Madrid, 2011.
- Kaiser, G., *Criminología*, Madrid, 1983.
- Kaufman, Hilde, *Principios para la reforma de la ejecución penal*, Buenos Aires, 1977
- Lamarca Pérez, C., “Posibilidades y límites de la dogmática penal”, *Revista de Cuadernos de Política Criminal*, Nº 33, 1987.
- Landrove Días, G. “El derecho penal de la “seguridad”, *Diario La Ley*. 10/10/2003.

- Landrove Díaz, G., “El Régimen abierto” en *Estudios Penales y Criminológicos*, XI, Santiago de Compostela. 1988.
- Larrauri Piojoan, E. y otros autores, *Política criminal*, Consejo General Poder Judicial, Madrid, 1999.
- Larruri, E., “Populismo punitivo... y cómo resistirlo”, en *Jueces para la Democracia* N° 55, Marzo/2006.
- Lasala, Gregorio, “La obra de Montesinos y su influencia en la legislación de su época” en *Revista de Estudios Penitenciario*, 1962, N° 159, Oct-Dic.
- Leiva Tapia, J., “Retroactividad de la LO 7/2003, de Medidas de Reforma para el Cumplimiento Íntegro de las Penas”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N° 648, 9/12/2004
- Llobet Angl., M., “La ficticia realidad modificada por la ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas y sus perversas consecuencias”, en *In Dret*, /2007. Disponible en www.indret.com.
- Llorca Ortega, J., *Cárceles, presidios y casas de corrección en Valencia del siglo XIX*, Valencia, 1992.
- Loma Martínez, C., “Jurisprudencia constitucional penitenciaria”, [http. www.Fiscalia.org.2002](http://www.Fiscalia.org.2002).
- López Barja de Quiroga, J., “Recursos contra las decisiones de los Jueces de Vigilancia”, *Poder Judicial*, Madrid, Vol. 3, N° especial III: Vigilancia Penitenciaria, 1988.
- López Garrido, D. y García Arán, M., *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Eurojuris, Madrid, 1996.
- López Peregrín, C., *La pena de prisión en España tras la reformas de 2003 y los fines de la pena*, Universidad de Sevilla, 2004.
- López Peregrín, C., “¿Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, *Revista española de investigación criminológica*, 2004.
- López Rey, M., *Criminología*, Vol. I Madrid, 1975.

- López Rodríguez, J. A., “El futuro de las prisiones”, *Revista General de Derecho Penal* 15, 2011.
- Luzón Cuesta, J.M^a, “Reflexiones sobre el cumplimiento de las penas privativas de libertad”. http://www.rajylmurcia.es/user/ficheros/ponencias/50_.pdf Págs. 23-24. 2/7/2010.
- Luzón Peña, D., *Medición de la pena y substitivos penales*, Madrid, 1979.
- Manzanares Samaniego J. L., “El cumplimiento íntegro de las penas”, *Actualidad penal* N° 1, 10/2/2003.
- Manzanares Samaniego J. L., *Suspensión, sustitución y ejecución de las penas privativas de libertad*, Granada, 2008.
- Manzanares Samaniego J. L., y otros autores, *Comentarios a la legislación penal. Ley Orgánica General Penitenciaria*, Madrid, 1986.
- Manzanares Samaniego, J. L., “Cuestiones fundamentales del Derecho Penitenciario español”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencial*, 1983, N° 3.
- Mapelli Caffarena y Terradillo Basoco, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, 1996.
- Mapelli Caffarena, B., “Ejecución y proceso penal”, *Revistas Ciencias Penales* N° 15, www.cienciaspenales.org.
- Mapelli Caffarena, B., “Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2006.
- Mapelli Caffarena, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª Ed., Madrid, 2011.
- Mappelli Cafarena, B., “El régimen penitenciario abierto”, *Cuadernos de Política Criminal*, N° 7, 1979.
- Mappelli Cafarena, B., “La clasificación de los internos”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, Madrid, N° 236, 1986.
- Mappelli Caffarena, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Barcelona, 1983.

- Mappelli Caffarena, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Madrid, 1996.
- Marcó del Pont, L., *Penología y sistemas carcelarios*, Tomo I, Buenos Aires, 1974.
- Martín Diz, F., "Juzgados de vigilancia penitenciaria ¿urgencia, necesidad o idoneidad?", *Diario La Ley* N° 5668, 3/12/2002.
- Martínez García, E. y Vegas Aguilar, J.C., (Coordinadores), *La ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad por violencia de género*, Valencia, 2012.
- Martínez García, E. (Directora) y Vegas Aguilar, J. C., (Coordinador), *La prevención y erradicación de la violencia de género. Un estudio multidisciplinar*, Pamplona, 2012.
- Martínez Moreno, P., "El derecho de extranjería en la institución penitenciaria", *Revista ATIP*, N° 2/2005.
- Medina Ariza, J. J., "La eficacia e eficiencia de las penas", *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2002.
- Mestre Delgado, E., "Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas sobre la legislación penal y penitenciaria", *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N° 70, 2010.
- Mestre Delgado, E., "El derecho penal de la unidad europea", *Criminología y derecho penal al servicio de la persona, Libro homenaje al profesor Antonio Beristain / coord. Enrique Echeburúa Odriozola, José Luis de la Cuesta Arzamendi, Iñaki Dendaluce Seguro*, 1989.
- Mestre Delgado, E., "La reforma permanente como (mala) técnica legislativa en derecho penal", *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N° 1, 2004.
- Mestre Delgado, E., "Las fronteras del Derecho Penal", *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N° 14, 2005.
- Mestre Delgado, E., "Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 41, Fasc/Mes 2, 1988.

- Mestre Delgado, E., “Los cambios de paradigma punitivo en un nuevo proyecto de reforma penal”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Nº 61, 2009.
- Mestre Delgado, E., “Los delitos de malos tratos a internos en centros penitenciarios, como clave explicativa del sistema español de represión penal de la tortura”, *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat* / coord. por Carlos García Valdés, Margarita Valle Mariscal de Gante, Antonio Rafael Cuerda Riezu, Margarita Martínez Escamilla, Rafael Alcácer Guirao, Vol. 2, 2008.
- Mestre Delgado, E., “Los nuevos retos de la legislación penitenciaria”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Nº 8, 2004.
- Mestre Delgado, E., “Un CIS con nombre y apellidos”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Nº 12, 2004.
- Mestre Delgado, E., *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1987.
- Mir Puig, C., *Derecho penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, Barcelona, 2011.
- Miranda Estrampes, M., “El populismo penal (análisis del modelo penal securitario)”, *Jueces para la Democracia* Nº 58.
- Molina Gimeno, F., “El periodo de seguridad; individualización judicial versus individualización penitenciaria en la ejecución de las penas graves”, *Diario La Ley* Nº 6966, Sección Doctrina, 12/6/2008.
- Montesinos y Molina, M. (Coronel Montesinos, Visitador General de los Presidios del Reino), *Reflexiones sobre la organización del presidio de Valencia, reforma de la Dirección General del ramo, y sistema económico del mismo*, Imprenta del presidio, 1846, Copia facsímil, Servicio de reproducción de libros de librerías París-Valencia. 1979.
- Moreno Catena, V., *Los nuevos procesos penales (I). El procedimiento abreviado*, Valencia.2004.

- Morilla Cueva, L., “Reflexiones sobre el derecho penal del futuro”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2002.
- Morillas Cueva, L., *Los fines de la pena en el Derecho Positivo Español. Teoría de las Consecuencias Jurídicas del Delito*, Madrid, 1991.
- Muñoz Conde F., “La resocialización del delincuente: análisis y crítica de un mito”, en *Libro homenaje a Antón Oncea*, Salamanca, 1982.
- Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 2002.
- Muñoz Conde, F., “Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de la infracciones en materia de terrorismo en el Código penal después de la LO /2000, *Jueces para la Democracia*, Madrid, 2000.
- Muñoz Conde, F., “Hacia un derecho penal del enemigo”, *Diario El País*, 15/1/2003.
- Muñoz Conde, F., “Las reformas de la parte especial del Derecho penal español en el 2003: de la “tolerancia cero” al “derecho penal del enemigo”, en *Revista general de derecho penal*, N° 3, 2005.
- Muñoz Conde, F., *Derecho penal y control social*, Jerez. 1985.
- Muñoz Cuesta, Javier. “¿Es necesario el trámite de audiencia para proceder a la expulsión de un extranjero no residente que ha cometido un delito en España?”, (Comentario a la STS, Sala 2ª, de 8 de julio de 2004), *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi* N° 19/2004.
- Neuman, Elías, *Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes carcelarios*, Buenos Aires, 1971.
- Neuman, Elías, *Prisión abierta*, Buenos Aires, 1984.
- Neuman, Elías, *Prisión abierta*, Santiago de Chile, 1971.

- Nieto García, A. J. “Apuntes críticos sobre la política de implementación de unidades de madres externas de los establecimientos penitenciarios”, *Diario La Ley* N° 7268, Sección Doctrina, 23 de octubre de 2009.
- Nieto García, A. J. “Breve guía de la actividad reinsertadora de la administración penitenciaria en la ejecución de las penas privativas de libertad”, *Diario La Ley* N° 6987, Secc. Doctrina 11/7/2008.
- Nieto García, A. J. “El acceso al tercer grado penitenciario: ¿Teleológico o real?”, *Diario La Ley*, N° 7737, Sección Doctrina, 16 /11/2011.
- Nieto García, A. J., “La primariedad delictiva ante la reforma de la libertad condicional”, *Diario La Ley*, N° 7935, 2/10/2012.
- Nistal Burón, J. “Delincuencia habitual y reincidente. El nuevo régimen jurídico de ejecución penal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* N° 734/2007.
- Nistal Burón, J., “Clasificación de los internos”, en *Derecho y prisiones hoy* De León Villalba, F.J., Universidad Castilla- La Mancha, Cuenca, 2003.
- Nistal Burón, J., “El cumplimiento de las medidas de seguridad privativas de libertad. Problemática que genera la escasa regulación normativa al respecto”, *Diario La Ley*, N° 7865, 24/5/2012.
- Nistal Burón, J., “La prisión del siglo XXI”, en *I Congreso Europeo de Derecho penitenciario, X Jornadas penitenciarias de Andalucía*, Jaén, 2002.
- Nistal Burón. J. “A propósito del debate social que se ha generado a raíz de la muerte de la niña onubense a manos de un pederasta”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N° 753, 5/6/2008.
- Nistal Burón. J. “El cumplimiento de las condenas no susceptibles de acumulación jurídica. Problemática y soluciones posibles”, *Diario La Ley* N° 6964, Sección Doctrina, 10/6/2008.
- Nistal Burón. J. “El principio constitucional de “seguridad jurídica”. Su posible desconocimiento por el actual sistema de

ejecución penal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N° 743. 17/1/2008.

- Otero González, P. *Control telemático y penados* (Análisis jurídico, económico y social). Valencia. 2008.

- Pelluz Robles, J. L. “El tercer grado”, *Artículos doctrinales. Derecho Procesal Penal*. Julio 1999.

- Petisco, Teresa y Sánchez, Fernando,”Algunas consideraciones sobre la Instrucción 9/2003, *Revista Asociación Técnicos de IIPP*, Cáceres, N° 1/2004.

- Pettinato, Roberto, “El Congreso Penal y Penitenciario de la Haya”, *Revista Penal y Penitenciaria*, 1950, Buenos Aires, Tomo XV, 1950.

- Polaino Navarrete, M., *La reforma penal española de 2003*, Madrid, 2004.

- Posada, Juan David, “La ejecución de la pena privativa de la libertad como parte inseparable del proceso penal”, en *Nuevo foro penal*, N° 64, Tercera época, (2003).

- Poza Cisneros, M., “Las nuevas tecnologías en el ámbito penal”, *Poder Judicial*, N° 65, 2002.

- Quintano Ripolles, A., *Curso de Derecho Penal*, Editorial Revista de Derecho Privado, 1ª Edición, Madrid, 1963.

- Quintero Olivares, G., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Pamplona, 2000, 3ª Ed. 2002 y 4ª Ed. 2010.

- Racionero Carmona, F., *Derecho Penitenciario y Privación de Libertad*, Madrid, 1999.

- Rascón, Juan Luis. “Derecho penitenciario de ocasión”, en *Jueces para la democracia*, Madrid, 2003.

- Redondo Illescas, S., Funes Artiaga, J. y Luque, Reina, E., *Justicia penal y reincidencia*, Barcelona, 1994.

- Renart García, F., *La libertad condicional: nuevo régimen jurídico*, Madrid, 2003.

- Reviriego Picón, F. y Gudín Rodríguez, F., “Las alternativas a la reclusión y la revolución telemática”, *Diario La Ley*, Nº 7250, 28/9/2009.
- Reviriego Picón, F., “¿Crisis de los sistemas penitenciarios europeos?, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, 2010.
- Ríos Martín, J. C., “Cárcel, realidad versus legalidad”, *Tapia* Nº 82, 1995.
- Ríos Martín, J. C., *Manual de ejecución penitenciaria: defenderse de la cárcel*, Madrid, 2001, 2004 y 2011.
- Ríos Martín, J. C., *Reflexiones sobre la Ley 7/2003: El incremento de la violencia punitiva*, Universidad Pontificia de Comillas, 2004.
- Ríos Martín, J. C. “Los ficheros de internos de especial seguimiento” *Cuadernos Derecho Penitenciario*, Colegio Abogados de Madrid Nº 3.
- Ríos Martín, J.C., *Escenarios jurídicos para la reducción de días de prisión*, Madrid, 2008.
- Rivera Beiras, “Forma-Estado, mercado de trabajo y sistema penal” (“nuevas” racionalidades punitivas y posibles escenarios penales), en *Mitologías y discursos sobre el castigo. Historia del presente y posibles escenarios*, Barcelona, 2004.
- Rivera Beiras, I., *Recorridos y posibles formas de penalidad*, 1ª Edición, Barcelona. 2005.
- Rivera Beiras, I., “La doctrina de las relaciones de sujeción especial en el ámbito penitenciario (la zona del ‘no derecho’)”, en Muñagorri Laguía, I. Ribera Beiras, I. y Pinto De Miranda Rodríguez, A., *Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias*.
- Rivero Ortiz, R., “La concesión del tercer grado penitenciario en caso de enfermedad muy grave con padecimientos incurables. Luces y sobre todo sombras, a raíz del caso Bolinaga”, *Diario La Ley*, Nº 7949, 23/10/2012.

- Roca Agapito. “Los anteproyectos de 2003 de modificación del Código Penal”. Una primera lectura de la regulación de las penas”, *Diario La Ley* Nº 5731, 4/3/2003.
- Roca Poveda, M., “La libertad vigilada. Notas desde una visión penitenciaria”, *La Ley Penal*, Nº 96-97, Septiembre-Octubre 2012.
- Rodríguez Alonso, A., “Visión empírica de la evolución del sistema penitenciario español en los últimos años. Situación actual.”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, Nº 256, 2012.
- Rodríguez Alonso, A., *Lecciones de derecho penitenciario*, Granada, 1997 y 2003.
- Rodríguez Alonso, A., y Rodríguez Avilés, A., *Lecciones de derecho penitenciario*, Granada, 2011.
- Rodríguez Devesa, J. M., *Derecho penal español. Parte General*, Madrid, 1980.
- Rodríguez Murullo y otros autores, *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997.
- Rodríguez Yagüe, C., “El modelo penitenciario español frente al terrorismo”. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Nº 65, 2009.
- Rodríguez Yagüe, C., “El modelo político-criminal español frente a la delincuencia de inmigrantes”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 14-07 (2012).
- Rodríguez Yagüe, C., “Los derechos de los extranjeros en las prisiones españolas: legalidad y realidad”, *Revista General del Derecho Penal*, Nº 2, 2004.
- Roldán Barbero, H., *Historia de la prisión en España*, Barcelona. 1988.
- Roxin, Claus, “¿Tiene futuro el Derecho penal?”, *Revista del Poder Judicial*, Nº 49, Madrid, 1998.
- Roxin, Claus, *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el derecho procesal*, Valencia. 2000.

- Roxin, Claus, *Problemas básicos de Derecho penal*, Madrid, 1976.
- Royo Vilanova, A., *Elementos de Derecho Administrativo*, Valladolid, 1927.
- Ruiz Rodríguez, I., “Evolución histórica de las penas privativas de libertad”, en la obra *Historia de la prisión*, Coordinador García Valdés. C., Madrid, 1997.
- Sáez Valcárcel, R., “El nuevo código: maximalismo penal”, en *Jueces para la Democracia*, Nº 26, Julio, 1996
- Sainz Cantero, J. A., *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1979.
- Salas Darrocha, J. T., ”Normas básicas de la LO 7/2003 para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas privativas de libertad”, *Sentencias de TSJ y otros Tribunales*, Nº 1/2003, Editorial Aranzadi, Madrid, Diciembre 2003.
- Salillas, R., “Montesinos y el sistema progresivo”, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, 1962, Nº 159, Oct.- Sept., Madrid.
- Salillas. R., “Un gran penólogo español: El Coronel Montesinos”, *Revista Penitenciaria*, Madrid, 1906.
- Salillas. R., *Evolución penitenciaria en España*, Tomo II, Madrid, 1999.
- Salillas. R., *La vida penal en España*, Madrid, 1888.
- Sánchez Fernández, A., “Inmigrantes cumpliendo condena: un recorrido real por un tratamiento inventado”, *Diario La Ley* Nº 7616, 26-4-2011
- Sánchez Gil, J. y González-Habaa Guisado, *Legislación y jurisprudencia penitenciaria*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1994
- Sandaló, José Ignacio, “Penas, prisión y resocialización”, *Diario La Opinión*, A Coruña, 2 de enero de 2011.
- Sanz Delgado, E., “La reforma introducida por la regresiva Ley Orgánica 7/2003. ¿Una vuelta al siglo XIX?”, *Revista de*

Derecho Penal y Criminología, UNED, Tomo extraordinario II, 2004.

- Sanz Delgado, E., *Regresar antes: los beneficios penitenciarios*, Madrid, Ministerio del Interior, Madrid, 2007.

- Sanz Mulas, N., "De las libertades del Marqués de Beccaria al todo vale de Güntherer Jakobs. El fantasma del enemigo en la legislación penal española". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 14-10, 2012.

- Segovia Bernabé, *Del sueño de la reinserción social a la pura retribución. Cambio de paradigma y reformas penales*, Universidad de Salamanca, 2004.

- Seoane Díaz, Manuel, "Los destacamentos penitenciarios y su consideración como prisiones de régimen abierto", en *Revista de Estudios Penitenciarios*, 1952, Nº 142, Sep-Oct.

- Serrano Butrageño, I., *Las penas en el nuevo Código Penal*, Madrid, 1996.

- Silva Sánchez, J. M^a, *La expansión del Derecho penal- aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 2001.

- Silva Sánchez, J. M^a, "Política criminal del legislador, del juez, de la administración penitenciaria. Sobre el sistema de sanciones del Código Penal español", *Revista electrónica de Derecho Penal y Criminología*, 2003.

- Solar Calvo, M. P., "Consecuencias de la Ley Orgánica 7/2003 en el ámbito penitenciario", *Diario La Ley*, Nº 7238, D-279, 2009.

- Soldevilla Fragoso, S., "La política de traslados y dispersión de presos: implicaciones constitucionales", *La Ley Penal Revista de actualidad administrativa*, Nº 11, Junio 2004.

- Steffen, *Prisión abierta*, Santiago de Chile, 1971.

- Sutherland, E.H. y Cressey, D.R., *Criminology*, J. B. Lippincott, Philadelphia, 1978.

- Sutherland, E.H.; *Principles of criminology*, J. B. Lippincott, Philadelphia, 1947.
- Tamarit Sumalla, J. M^a., García Albero, R., Rodríguez Puerta, M^a. J. y Sapena Grau, F., *Curso de Derecho Penitenciario*, Barcelona, 1996, Valencia 2001 y 2005
- Tamarit Sumalla, J., “Sistema de sanciones y política criminal”. Un estudio de Derecho comparado europeo”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*”, 30/8/2007.
- Téllez Aguilera, A. “La ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: una nota de urgencia”, *Diario La Ley*, 14/8/2003.
- Téllez Aguilera, A., *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones*, Madrid, 1998.
- Téllez Aguilera, A., *Seguridad y Disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*, Madrid, 1998.
- Téllez Aguilera, A.,” La reforma del Código Penal y sus implicaciones penológicas”. *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, N° 1, Enero 2004.
- Téllez Aguilera, A.,”Hacia un Guantánamo español”. Reflexiones a partir de la LO 7/2003, de 30 de junio”, *Revista de la Asociación Técnicos de IIPP*, Cáceres, N° 1/2004.
- Téllez Aguilera, A.”Sobre la creación del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria y el nuevo sistema de recursos en la jurisdicción penitenciaria”, *Revista Sepin Penal* N° 5, Septiembre-octubre, 2003.
- Tercero Arribas. F., “Sistemas penitenciarios norteamericanos” en *Historias de las prisiones*, obra dirigida por García Valdés, Madrid, 1997.
- Thomas, Andreu, “Procedimiento de apelación” en *XIII Reunión de Jueces de Vigilancia*, Valencia, 2004.
- Torrecilla Collada, M. P., “Balance de la LOGP tras 30 años de vigencia. Necesidad de abordar algunas reformas”, *Diario La Ley* N° 7250, 28 septiembre 2009.

- Torres Rossel, N., “La libertad vigilada y seguimiento continuado de penados. Contenido e implicaciones político criminales”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 14-6 (2012).
- Tosseli, Nicolás, “Pautas para la supervivencia de un régimen progresivo de ejecución de la pena en la República de Argentina”, en Fellini, Zulita (directora), *Derecho de ejecución penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006.
- Trinidad Fernández, P., *La defensa de la sociedad. Cárcel y delincuencia en España* (siglos XVIII-XX), Madrid, 1991.
- Urbano Castrillo, E., “El control judicial de la clasificación penitenciaria”, Madrid. *Diario Jurídico Aranzi*, 5/11/2002.
- Valverde Molina, J., *La cárcel y sus consecuencias. Intervención en la conducta desadaptada*, Madrid, 1997.
- Vega Alocén, M., *El tercer grado con control telemático*, Granada, 2010.
- Vega Alocén, M., *Los permisos de salida*, Granada, 2005
- Vega Alocén. M., “Supuestos excepcionales a de la libertad condicional: los septuagenarios y los enfermos incurables; una solución equivocada”, (Primer accésit del III Premio Antonio Maura de textos jurídicos), *Cuadernos de Derecho Penitenciario*, Nº 6, Madrid, 1999.
- Vega Alocén. M., *La libertad condicional en el derecho español*, Madrid, 2001.
- Villameriel Presencio, J. L., “La Comisión Técnica de reforma del sistema de penas y la reforma penal del año 2003”, *La Ley* Nº 6010, 4/5/2004
- Vives Antón, T., Boix Reig, J., Orts Berenguer, E., Carbonell Mateu, J. C. y González Cussac, J. L., *Derecho Penal. Parte General y Especial*, Valencia, 1996
- Wacquant, L. “Las cárceles de la miseria”. Madrid. 2000
- Zaffaroni, Raúl, "Los objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales", en Binder Alberto y Maier, Julio

(compiladores) *El Derecho Penal hoy. Homenaje al Prof. David Baigún*, Buenos Aires, 1995.

- Zaffaroni, Raúl, *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, 2002

- Zaragoza Huerta. J., *Derecho penitenciario español*, México, 2007