

El sistema penitenciario
español en la encrucijada:
una lectura penitenciaria
de las últimas reformas
penales

PUERTO SOLAR CALVO



Derecho Penal
y Procesal Penal

EL SISTEMA PENITENCIARIO ESPAÑOL EN LA ENCRUCIJADA:
UNA LECTURA PENITENCIARIA DE LAS ÚLTIMAS
REFORMAS PENALES

COLECCIÓN DE DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

Director

Luis Rodríguez Ramos

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia

Consejo Asesor

Nicolás González-Cuéllar Serrano, catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Javier Álvarez García, catedrático de Derecho Penal de la Universidad Carlos III; director de la Sección de Derecho Penal, parte general y parte especial.

Alicia Gil Gil, catedrática de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Silvina Bacigalupo Saggese, catedrática de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid.

Adán Nieto Martín, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha; director de la Sección de Derecho Penal Europeo e Internacional.

Vicente Gimeno Sendra, catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia; director de la Sección de Derecho Procesal Penal.

Esteban Mestre Delgado, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá de Henares; director de la Sección de Derecho Penitenciario y de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

Jacobo López-Barja de Quiroga, magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo; director de la Sección de Derecho Penal y Procesal Penal Militar.

EL SISTEMA PENITENCIARIO ESPAÑOL EN LA ENCRUCIJADA: UNA LECTURA PENITENCIARIA DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS PENALES

PUERTO SOLAR CALVO



AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2019

Primera edición: noviembre de 2019



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional, (CC BY-NC-ND 4.0).

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

© Puerto Solar Calvo
© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

<http://cpage.mpr.gob.es>

NIPO: 043-19-236-3 (edición en papel)
043-19-237-9 (edición en línea, PDF)
043-19-238-4 (edición en línea, ePub)

ISBN: 978-84-340-2597-4

Depósito legal: M-34505-2019

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

**EL SISTEMA PENITENCIARIO ESPAÑOL
EN LA ENCRUCIJADA:
UNA LECTURA PENITENCIARIA DE LAS
ÚLTIMAS REFORMAS PENALES**

«Mire, la libertad, el deseo de libertad, es una guerra en sí mismo. Vivimos en una sociedad de empleados de oficina resignados y, para salir de esa trampa, hay que luchar a la vez contra uno mismo y contra el mundo entero. La libertad es un combate continuo del que somos poco conscientes. No me resignaré nunca».

Joël Dicker

La verdad sobre el caso Harry Quebert

«Por muy fría que sea una profesión, por muchos límites que se quieran marcar o muchos números que haya que cumplir, (...) lo humano está por encima de las reglas».

César Bona

La nueva Educación

Para Pedro
Para mis padres.
Para ella, que es el futuro.

AGRADECIMIENTOS

Quisiera aprovechar estas líneas para llevar a cabo un breve pero merecido reconocimiento a las personas que me han acompañado en este viaje. Ocupa un lugar destacado mi familia –padres, hermano y cuñada, abuelos, dos de ellos afortunadamente aún presentes, tíos, primos y mi pequeño milagro, que me ha regalado tiempo a su lado para dar el toque final a este texto–. Pero de entre todos ellos, es a Pedro, mi marido, a quien más tengo que agradecer. Además del acompañamiento personal durante este tiempo de investigación y escritura, el trabajo que presento no sería lo mismo sin tu aportación. Mis ideas no pasaban de intuiciones antes de discutir las contigo. Nuestras charlas me han ordenado y me has enseñado muchos caminos por los que seguir argumentando acerca de este medio tan particular y tan humano como es el penitenciario. Vivir a tu lado es un lujo divertido y estimulante.

En esta familia incluyo a los amigos, esos que cuando la curva de la vida va en sentido descendente aparecen milagrosamente para echarte una mano –Susana, Cristina, Eva, Fátima, Pitu, Judi, Rocío–. Y al mismo nivel, esos amigos que he conocido gracias a la profesión. María, profe y madre penitenciaria, sobre todo humana, cuando me pierdo, me sigo encontrando contigo y nuestras tres As irrepetibles –Alfonso, Antonio y Andrés–; Carmen, amiga del alma, me enseñaste de humildad, me enseñaste que jefa es quien se lo merece –tú– y lo poco que tienen que ver los niveles con los galones que uno lleva ganados; Pedro, de nuevo Pedro, Pepe, Andrés, Eugenio, me habéis enseñado lo que es el respeto a una institución que, con sus menos, tiene muchos más; sois enciclopedias andantes en este mundo tan interesante; Román, César, Nacho, Paco, la Oficina de Gestión y la Mesa 24 horas del CP Madrid V, el Equipo de Mantenimiento –Manolo e Isidro–, nunca podré devolveros el aprendizaje humano y profesional que supuso estar a vuestro lado. A mis compañeros de la Guardia Civil –Neira, Óscar, Soraya– gracias por aportarme la otra cara de la moneda, fuimos un grupo muy especial. Y a Jaime, Patxi, Pedro, Narciso, muchas gracias por el tiempo, las charlas y la perspectiva.

Allá donde esté, merece especial reconocimiento Emilio Tavera Benito, mi preparador de oposición a Jurista. Su humanidad, cercanía, sabiduría teórica y profundo conocimiento de la Institución Penitenciaria me hicieron amar mi profesión antes de su inicio.

Desde el punto de vista práctico, no puedo olvidar la ayuda prestada por el servicio de la biblioteca de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Su esfuerzo por encontrar aquellos documentos que iba solicitando ha facilitado enormemente el trabajo de investigación y escritura de este texto.

Por su importancia académica además de personal, este trabajo no hubiera sido posible sin la paciencia, ánimo y aportaciones de mi Director de tesis, el Prof. Enrique Peñaranda Ramos, y la inestimable ayuda de Doña Victoria Checa. Igualmente, Juan, César y Betty, amigos, habéis sido mi referente.

Finalmente, el trabajo que se presenta se ha visto enormemente enriquecido por las aportaciones de los miembros de mi tribunal de tesis, los Profesores Gonzalo Rodríguez Mourullo, Carlos García Valdés, Juan Antonio Lascuraín Sánchez, Vicenta Cervelló Donderis y Julián Ríos Martín. Quedo personal y profesionalmente agradecida por el importante impulso que han dado a la definitiva publicación de estas páginas.

ÍNDICE

PRÓLOGO.....	23
ABREVIATURAS	27
INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN.....	31
PARTE I: ORIGEN, ESTRUCTURA Y PROBLEMÁTICA DE NUESTRO SISTEMA PENITENCIARIO	37
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN HISTÓRICA AL SISTEMA DE INDIVIDUALIZACIÓN CIENTÍFICA.....	39
1. Las alternativas penitenciarias a la pena privativa de libertad.....	39
2. Humanización y teoría de la pena	40
3. Los Sistemas Penitenciarios	45
4. Una explicación más nacional.....	51
CAPÍTULO II. FINALIDAD, ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE NUESTRO SISTEMA DE EJECUCIÓN	57
1. Principios básicos del sistema de individualización científica.....	57
1.1 Artículo 25.2 CE: Constitucionalización de la prevención especial como finalidad de la labor penitenciaria	58
1.2 Principio de subordinación del régimen al tratamiento: La importancia del ambiente de cumplimiento	63
1.3 Flexibilidad en el cumplimiento	68
2. El tratamiento como pieza clave del sistema: del paradigma clínico al social.....	76
3. Trayectoria de reinserción: Algunos datos de interés.....	82

	Páginas
CAPÍTULO III. PROBLEMAS SISTEMÁTICOS DE URGENTE SOLUCIÓN.....	87
1. Realidad de la ejecución penitenciaria: dejando el mundo de las ideas para analizar su puesta en práctica.....	87
2. Limitaciones al artículo 71 LOGP (art. 73 RP): se impone la realidad..	88
2.1 La difícil relación del régimen cerrado con el tratamiento	91
2.2 Internos preventivos y tratamiento.....	98
2.3 La discutible exclusión de los internos preventivos y los clasificados en primer grado del disfrute de permisos ordinarios...	100
2.3.1 Permisos y prisionización: la importancia de las salidas regulares en el contexto de un sistema penitenciario orientado a la resocialización	100
2.3.2 Naturaleza jurídica y ubicación sistemática de los permisos ordinarios.....	103
2.3.3 Problemática interna que plantea la exclusión.....	105
3. Limitaciones al principio de flexibilidad: un sistema que no se atreva a llegar a sus últimas consecuencias.....	112
4. La cara oscura de la subordinación del régimen al tratamiento	115
4.1 ¿Puede una salida del centro ser tratamiento penitenciario? ...	116
4.2 ¿Es el tratamiento verdaderamente voluntario?.....	124
CAPÍTULO IV. RELACIONES DE SUJECCIÓN ESPECIAL: LA APARENTE DESAPARICIÓN DE UN CONCEPTO QUE PERSISTE ...	135
1. Vigencia de un concepto trasnochado	135
2. Déficits del régimen disciplinario en la norma penitenciaria.....	141
2.1 La defectuosa asunción del principio de legalidad en la disciplina penitenciaria.....	142
2.2 La peculiar aplicación penitenciaria del principio <i>non bis in idem</i>	148
3. La dudosa legalidad de las limitaciones regimentales del artículo 75.1 RP.....	156
4. La encrucijada normativa del fichero FIES tras la STS de 17.03.09..	162
4.1 Estructura y necesidad del fichero FIES.....	162
4.2 El esperado y buscado giro jurisprudencial: la STS de 17.03.09..	165
4.3 El RD 419/2011, de 25 de marzo: una solución insuficiente...	168
5. Incidencia tratamental de un sistema que se contradice.....	173

CAPÍTULO V. EL RÉGIMEN DE QUEJAS Y RECURSOS: UNA PROTECCIÓN EXCESIVA Y, A LA PAR, INCOMPLETA	179
1. Terminología confusa: en busca del sentido normativo	179
2. Realidad práctica de las quejas, peticiones y recursos	184
2.1 Alcance, contenido y tramitación del recurso de apelación.....	185
2.2 El recurso de casación para la unificación de doctrina	194
3. Hipergarantismo e incidencia sistemática en la labor penitenciaria...	196
PARTE II: MÁS ALLÁ DEL SISTEMA	205
CAPÍTULO I. APROXIMACIÓN A LAS NUEVAS TENDENCIAS NORMATIVAS EN DERECHO PENAL	207
1. Introducción	207
2. El movimiento descarceratorio de los años setenta	209
3. Los ochenta y el populismo punitivo.....	215
4. Incidencia nacional y penitenciaria	220
CAPÍTULO II. EL IMPACTO DE LA LO 7/2003 DE CUMPLIMIENTO ÍNTEGRO Y EFECTIVO DE LAS PENAS EN EL ACCESO AL TERCER GRADO PENITENCIARIO.....	225
1. Los nuevos requisitos de acceso al tercer grado.....	225
2. El periodo de seguridad.....	227
2.1 Enfrentamiento normativo	230
2.2 Consecuencias prácticas de su aplicación.....	237
3. El abono de la responsabilidad civil.....	242
3.1 Responsabilidad civil y tercer grado.....	243
3.2 Alcance práctico del abono de la responsabilidad civil	244
3.3 Buscando el lugar de la víctima.....	247
4. Perdón expreso, repudio y colaboración activa	251
5. El intento frustrado de conciliación entre el Derecho Penal y el Derecho Penitenciario mediante la LO 5/2010.....	254
6. Relevancia penitenciaria de los nuevos requisitos para el acceso al tercer grado.....	257
CAPÍTULO III. LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS COMO MEDIDAS ACUMULATIVAS: SU DIFÍCIL ENCAJE SISTEMÁTICO	261
1. El efecto acumulativo de las medidas alternativas	261

	Páginas
2. La gestión y ejecución penitenciaria de las medidas alternativas a la prisión.....	271
3. Consecuencias de la acumulación del sistema penitenciario y del de medidas alternativas al mismo.....	281
CAPÍTULO IV. EL CARÁCTER IRRECONOCIBLE DE LA LIBERTAD CONDICIONAL TRAS LA LO 1/2015	285
1. La transformación de la libertad condicional: De cuarto grado penitenciario a mecanismo de suspensión de la ejecución de la condena.	285
1.1 La libertad condicional en la normativa penitenciaria	285
1.2 La libertad condicional tras la LO 1/2015	290
2. La difícil conciliación de las versiones penal y penitenciaria de la libertad condicional	293
2.1 Lo ilógico de aplicar la lógica suspensiva a la libertad condicional.....	295
2.1.1 Una libertad condicional que va más allá del tiempo de condena	296
2.1.2 Revocación de la libertad condicional y pérdida del tiempo transcurrido durante la «suspensión».....	303
2.1.3 Nuevo sinsentido sistemático: una libertad condicional más onerosa que el tercer grado.....	312
2.1.4 El AJVP n.º 5 de Madrid de 3 de noviembre de 2016: consecuencias lógicas pero penitenciarmente insostenibles.....	313
3. Requisitos de acceso a la libertad condicional: La sospechosa desaparición del art. 67 LOGP como requisito penal para la concesión de la suspensión	316
4. Cambios procedimentales que van más allá del mero procedimiento ..	325
5. Tipos de libertad condicional: tendencias que se confirman y oportunidades perdidas	329
5.1 Libertad condicional vinculada a la evolución tratamental del interno	331
5.2 Motivos humanitarios para la libertad condicional. Problemática interna.....	337
6. Los límites de la reforma: Aplicación retroactiva y huecos normativos	344
7. Los motivos: ¿Por qué articular una libertad condicional anti-penitenciaria?	349

CAPÍTULO V. LA CADENA PERPETUA REVISABLE: EL DUDOSO ENCAJE CONSTITUCIONAL DE UNA PENA QUE INSTRUMENTALIZA EL DERECHO DE EJECUCIÓN.....	353
1. La difícil unión entre la libertad condicional y la prisión permanente revisable.....	353
2. Ampliación del periodo de seguridad y nueva tipología de permisos penitenciarios	362
3. El régimen de acumulación jurídica: la progresiva desaparición de los permisos penitenciarios	367
4. Valoración constitucional de un sistema desproporcionado: ¿Puede cumplirse el mandato del artículo 25.2 CE bajo estas premisas?.....	375
4.1 Fundamentos penitenciarios en contra de la constitucionalidad de la prisión permanente revisable.....	377
4.2. Pronunciamientos jurisprudenciales y perspectiva doctrinal en relación a las penas de larga duración y la prisión permanente revisable	386
CAPÍTULO VI. EXTRANJEROS EN PRISIÓN: ENEMIGOS MÁS ALLÁ DE LA NORMA PENAL.....	391
1. Contextualización de un problema	391
2. El laberinto jurídico previo a la LO 1/2015	397
2.1 Una normativa que busca la expulsión del extranjero delincuente	397
2.2 El papel de la Administración Penitenciaria	402
2.2.1 El papel de la Administración tendente a la expulsión .	403
2.2.2 El peso del art. 25.2 CE: retomando la labor penitenciaria.....	407
2.3 La vía del artículo 197 RP: La libertad condicional en el país de origen.....	414
3. El artículo 89 CP tras la LO 1/2015	420
3.1 Presupuestos objetivos de la nueva expulsión penal: un límite temporal a la baja y la específica referencia al tercer grado y la libertad condicional.....	423
3.2 El sujeto pasivo del artículo 89 CP: El extranjero delincuente como nuevo enemigo del sistema	427
3.3 Otros aspectos relevantes que no pueden pasar desapercibidos.....	432

	Páginas
4. La complejidad del régimen transitorio.....	436
5. Una propuesta de solución de los problemas señalados.....	438
CAPÍTULO VII. EL REGRESO DE LA VÍCTIMA EN LA LEY 4/2015 ..	443
1. Breve descripción de la evolución normativa sobre la figura de la víctima.....	443
1.1 Regulación del estatus de la víctima antes de 2015.....	444
1.2 La víctima en la LO 1/2015: su papel en la suspensión de la condena y en la ejecución penitenciaria.....	446
1.2.1 La mediación como condición para la suspensión de la condena.....	446
1.2.2 Ampliación de la participación de la víctima en la ejecución penitenciaria.....	448
1.3 Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima del delito.....	449
2. Críticas a la actual configuración de la protección a la víctima.....	454
2.1 Incidencia penitenciaria de la nueva normativa sobre la víctima.....	455
2.2 De incoherencias, errores y olvidos.....	461
2.3 Sobre la aplicación retroactiva del Estatuto.....	465
3. En busca de opciones restauradoras más allá del afán vindicativo	468
EPÍLOGO: EL NECESARIO OFICIO DEL JURISTA	475
1. La tensión entre las reformas penales y los fines del sistema penitenciario.....	475
1.1 Reformas penales que profundizan en los errores del sistema penitenciario.....	475
1.2 Restricciones al principio de flexibilidad: vuelta a los sistemas progresivos.....	479
1.3 Un sistema penitenciario que ve comprometidos sus fines.....	481
2. Algunos defectos de la aplicación burocrática de la norma.....	483
2.1 Cumplir el PIT no equivale a alcanzar los objetivos del tratamiento.....	483
2.2 Permisos e individualización: una relación hoy por hoy imposible.....	486

	Páginas
2.2.1 Breve descripción de las técnicas actuariales peniten- ciarias	487
2.2.2 Incidencia sistemática de su empleo.....	492
3. La intervención del Jurista: Oportunidades para una labor concilia- dora.....	501
CONCLUSIONES	511
BIBLIOGRAFÍA	521
ANEXO NORMATIVO.....	561
OTRAS FUENTES CONSULTADAS.....	565

PRÓLOGO

Este libro, que tanto me complace presentar, tiene su origen en la tesis doctoral que, con el mismo título, defendió Puerto Solar Calvo en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid el día 6 de julio de 2018 ante un Tribunal presidido por el Prof. Dr. D. Gonzalo Rodríguez Mourullo e integrado también por los Prof. Dres. Carlos García Valdés, Juan Antonio Lascurain Sánchez, Vicenta Cervelló Donderis y Julián Ríos Martín. Dicho Tribunal de excelentes especialistas del Derecho Penal y del Derecho Penitenciario le concedió, por unanimidad, la máxima calificación de Sobresaliente *cum laude*.

Como director de dicha tesis doctoral he sido testigo privilegiado de la abnegada y admirable dedicación de su autora a esta obra, en la que ha sabido proyectar su aguda inteligencia, su intensa vocación por la investigación jurídica –acreditada ya a través de muchas otras publicaciones– y su decidido empeño en contribuir, también por este medio, a la mejora de las instituciones penitenciarias, a las que desde 2006 viene prestando muy destacados servicios como Jurista del Cuerpo Superior de Técnicos de dichas instituciones.

El punto de partida de esta obra de Puerto Solar Calvo que me honro en prologar se sitúa en la constatación de que las sucesivas reformas (más de treinta) introducidas en nuestro Código Penal en poco más de veinte años desde el inicio de su vigencia han venido a modificar de un modo profundo y radical la forma de ejecución de las penas privativas de libertad, hasta el punto de distanciarla muy sustancialmente de las previsiones contenidas en nuestra legislación penitenciaria.

El objetivo inicial de esta investigación ha sido, por lo tanto, analizar la situación preexistente a dichas reformas, examinar los pasos que se fueron

dando hasta llegar a la situación actual e identificar las causas de esa evolución y las perturbadoras consecuencias que la misma ha tenido en el sistema de ejecución de las penas privativas de libertad. A ello se dedican las dos primeras partes de esta investigación.

La primera está referida al estudio de las bases de nuestro sistema penitenciario y en ella se trata de poner de manifiesto los problemas que internamente lo aquejaban ya desde el principio, esto es, antes incluso de que se llevaran a cabo las aludidas reformas. Según la sugerente tesis de la autora, una de las causas más importantes de dichos problemas radica no en el propio principio de subordinación del régimen al tratamiento, tan característico de nuestro sistema de «individualización científica» de ejecución de la pena de prisión, pero sí en una determinada interpretación, tan bienintencionada como contraproducente, de dicho principio, que deriva de una visión idealizada y paternalista de lo que implica la estancia en la prisión, como si fuese siempre y por definición algo positivo para quien ha de sufrirla, y redundante en formas más o menos sutiles de disminución del status jurídico de los internos.

La segunda parte se dirige a analizar aquellas reformas penales que han incidido de un modo más intenso, especialmente a partir de 2003, en la ejecución de estas penas y que, lejos de corregir aquellos problemas de partida, han venido a acentuarlos, provocando unas fricciones cada vez más evidentes y finalmente insostenibles entre la regulación penal y la normativa penitenciaria. Las reformas penales producidas en estos años, especialmente en 2003, 2010 y 2015, han conducido, en efecto, como Puerto Solar documenta detenida y convincentemente en esta obra, a que las previsiones del Código Penal y las de la legislación penitenciaria tomen caminos divergentes, provocando una rigidez y severidad en la ejecución de la privación de libertad que pugna abiertamente con el principio de flexibilidad, uno de los elementos más característicos y, a la vez, más valiosos de nuestro modelo de ejecución penitenciaria.

La autora de esta espléndida monografía tiene poderosas razones para valorar de un modo fundamentalmente negativo el impacto producido por esas reformas en las penas privativas de libertad, pues, como detalladamente analiza, las modificaciones introducidas en múltiples aspectos de las mismas conducen incluso a un alejamiento de la finalidad que a la ejecución de dichas penas asigna el artículo 25.2 de la Constitución y los preceptos concordantes de la Ley Orgánica General Penitenciaria. Puerto Solar no se limita sin embargo a efectuar de un modo resignado una valoración negativa todo este proceso. Un objetivo adicional, pero no menos importante, de su investigación ha sido efectuar propuestas de cambio con respecto a la situación antes descrita y plantear, también *de lege lata*, interesantes medidas de mejora, aprovechando las

posibilidades que la legislación vigente, rectamente entendida, aún puede ofrecer. Al papel activo esencial que, en todo ello, podrían desempeñar los Juristas de Instituciones Penitenciarias se dedica una tercera y última parte de esta obra, formulada a modo de epílogo a la misma.

Como el lector podrá inmediatamente comprobar, este libro está basado en un riguroso manejo de las fuentes normativas, jurisprudenciales, bibliográficas y documentales disponibles sobre la amplia temática examinada. En concreto, cabe destacar que Puerto Solar ha tenido en consideración de un modo prácticamente exhaustivo la rica literatura especializada publicada en España, sin dejar por ello de tomar en cuenta otras fuentes bibliográficas, procedentes de ámbitos diferentes, especialmente del mundo anglosajón, que le han ayudado a perfilar de un modo más completo el marco teórico aplicado y a identificar con mayor exactitud las tendencias político-criminales implicadas en las reformas examinadas y su creciente tensión con el modelo de ejecución penitenciaria implantado en nuestro país.

El hecho de que en Puerto Solar concorra la condición de funcionaria en ejercicio del Cuerpo de Juristas de Instituciones Penitenciarias y la intensa y exigente actividad a que ello le obliga hicieron que esta investigación tuviese que ser desarrollada a tiempo parcial y extenderse, a pesar de que —como bien sabe cualquiera que la conozca— los días de Puerto Solar parecen tener muchas más horas que para el resto de los mortales, a lo largo de un lapso temporal sensiblemente superior al que ahora es habitual para la realización de trabajos de esta índole. No obstante, sin dejar de advertir el sacrificio personal y familiar que ello le ha supuesto, esta mayor extensión en el tiempo ha tenido un indudable efecto positivo para el logro de los objetivos trazados, pues ha permitido a su autora desarrollar con más reposo y una más amplia perspectiva el análisis de una evolución que está siendo ciertamente vertiginosa. Por lo demás, la condición de jurista práctica profesionalmente implicada en el objeto de su estudio ha hecho posible a Puerto Solar acceder de primera mano a un conocimiento privilegiado de la realidad penitenciaria en España, que, aparte de enriquecer muy sensiblemente esta investigación, la aleja del riesgo de constituir un simple ejercicio de estilo o de vacua erudición, como a veces sucede en trabajos de índole meramente académica.

Son muchas y muy valiosas las aportaciones contenidas en esta monografía. Seguramente la primera de ellas consiste precisamente en ofrecer, con una afortunada síntesis del mejor análisis teórico y de una lúcida experiencia práctica, un diagnóstico global del estado que en la actualidad presenta la ejecución de las penas privativas libertad en nuestras instituciones penitenciarias.

En este contexto, uno de los aciertos fundamentales de este libro radica en señalar cómo distintas tendencias político-criminales aparentemente contrapuestas (el movimiento descarceratorio, el populismo punitivo e, incluso, el llamado Derecho Penal del enemigo), al sumarse, han contribuido a la acelerada expansión del Derecho Penal a la que estamos asistiendo. Un fenómeno expansivo que se caracteriza, como acertadamente indica su autora, tanto por una mayor aplicación de la pena de prisión, como por el aumento del control penal respecto de conductas de relativamente escasa gravedad y la banalización de unas medidas alternativas a la prisión que, paradójicamente, terminan por acumularse en muchas ocasiones de una forma sumamente inconveniente a la propia privación de libertad.

No es posible referir en el breve espacio al que ha de limitarse esta presentación las concretas aportaciones que Puerto Solar Calvo hace en este libro con respecto a los problemas que las sucesivas reformas penales han provocado en los más variados aspectos de la actividad penitenciaria, ni detallar las vías que la autora propone para lograr su superación o, al menos, la reducción de sus más negativos efectos. Me permito destacar, sin embargo, a título de ejemplo, las esclarecedoras páginas que la autora dedica a la incongruente regulación que la LO 1/2015 ha dado a la libertad condicional, a la errática posición adoptada por nuestro Ordenamiento jurídico respecto de los reclusos extranjeros y a la crítica, desde el punto de vista de la ejecución penitenciaria, de la introducción de la pena de prisión permanente revisable, que, según Puerto Solar pronostica, al no contar con posibilidades reales de revisión, tenderá a convertirse en una prisión efectivamente perpetua.

No quiero terminar estas breves palabras sin expresar la satisfacción que siento por haber tenido la oportunidad de apoyar la vocación de su autora. A mi juicio, la investigación que Puerto Solar Calvo viene realizando y de la que esta obra es un magnífico exponente, constituye, por su afortunada combinación de claridad, rigor y compromiso, un punto de referencia ineludible para quienes pretendan adentrarse en el conocimiento de la regulación legal y la praxis de la ejecución penitenciaria en España y, sobre todo, para quienes, como ella, quieran implicarse en su progresiva mejora.

Madrid, septiembre de 2019.

ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS

*Catedrático de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid*

ABREVIATURAS

AA	Actualidad Administrativa
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AFDUAH	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá
AFDUAM	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
A. P.	Administración Penitenciaria
AP	Actualidad Penal
AAP	Auto Audiencia Provincial
AJA	Actualidad Jurídica Aranzadi
AJP	Auto del Juzgado Penal
AJCVP	Auto Juez Central de Vigilancia Penitenciaria
AJVP	Auto del Juez de Vigilancia Penitenciaria
AAN	Auto Audiencia Nacional
AN	Audiencia Nacional
Art.	Artículo
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i>
CAS	Comisión de Asistencia Social
CCP	Concurrencia de Circunstancias Peculiares
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
CDP	Cuadernos de Derecho Penitenciario
CE	Constitución Española
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CIS	Centro de Inserción Social

CP	Código Penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
DA	Disposición Adicional
DM	Decisión Marco
DT	Disposición Transitoria
EOMF	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
EPyC	Estudios Penales y Criminológicos
FCSE	Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado
FGE	Fiscalía General del Estado
FIES	Fichero Internos de Especial Seguimiento
FJ	Fundamento Jurídico
II.PP.	Instituciones Penitenciarias
JCVP	Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria
JVP	Juez de Vigilancia Penitenciaria
JP	Juzgado Penal
LECr	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOE	Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social
LOGP	Ley Orgánica General Penitenciaria
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
MF	Ministerio Fiscal
OM	Orden Ministerial
PC	Política Criminal
PNL	Proposiciones no de Ley
PIT	Programa Individualizado de Tratamiento
PJ	Revista del Poder Judicial
RDPC	Revista de Derecho Penal y Criminología
RDPP	Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
REIC	Revista Española de Investigación Criminológica
REP	Revista de Estudios Penitenciarios
RGDP	Revista General de Derecho Penal
RJCV	Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana
RP	Reglamento Penitenciario
RPJ	Revista del Poder Judicial
RUE	Revista Aranzadi Unión Europea
SG.II.PP	Secretaría General Instituciones Penitenciarias
SJP	Sentencia Juzgado Penal
SAP	Sentencia Audiencia Provincial

STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TJUE	Tribunal de Justicia de la UE
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TVR	Tabla de Variables de Riesgo
VV. AA.	Varios Autores

INTRODUCCIÓN

PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN

En la era de la globalización, permanentemente informados y en constante comunicación, vivimos en el núcleo de una vorágine de acontecimientos. Sin embargo, paradójicamente, y a pesar de que la información está casi en todas partes, accesible a todo el que quiera recibir y transmitir algo, su cantidad, la velocidad a la que se transmite y la importancia que tiene lo actual, hacen que sea cada vez más complicado acceder a datos contrastados y reposados que permitan un pequeño avance en el conocimiento de la realidad. Capacidades de comunicación inmensas que se ven limitadas por la manipulación, también inmensa, que la situación global permite¹.

Si la anterior reflexión puede aplicarse al común de los asuntos, es particularmente adecuada para los relacionados con el Derecho Penal y la ejecución de las penas. La desinformación en este ámbito es enorme, dando pie a que las manifestaciones sociales al respecto no sean a menudo más que la expresión de emociones a los que no se ha dado tiempo a ser, aun mínimamente, pensamientos². En este contexto, mientras que la opinión pública exige dureza en el castigo, sin ir más allá de la retribución por lo hecho, la clase política, ante cualquier problema social, opta por endurecer el Código Penal con una alegría irresponsable, como si con eso se acabasen todos los males, como si lo que se hace no tuviera consecuencias. Como resultado de ello, estamos me-

¹ Destaca el interesante análisis sobre manipulación informativa y el poder del lenguaje en CHOMSKY, N., RAMONET, I., *Cómo nos venden la moto*, Icaria, Barcelona, 2009.

² Para una explicación de este fenómeno y de sus repercusiones en el sistema penal me remito a LACAL CUENCA, P., SOLAR CALVO, P., «Reacciones Sociales frente al ilícito penal. Cerebro y concepto de Justicia», portal jurídico *Noticias Jurídicas*, Sección Artículos Doctrinales: Penal-Conocimiento, 29.05.14.

tiéndonos en un atolladero jurídico, con graves implicaciones sociales, en el que encontrar una salida coherente parece cada vez más complicado.

Nuestro Código Penal de 1995 ha sido modificado treinta veces en sus poco más de veinte años de vigencia, habiéndose aprobado últimamente una profunda modificación mediante LO 1/2015 que, entre otras muchas cosas, cambia sensible y radicalmente la forma de ejecución de la pena privativa de libertad. Este carácter tan *líquido* de nuestra legislación penal³, derivado de las múltiples modificaciones a las que se ha visto sometida, impide que tengamos un cuerpo penal externa e internamente consistente. Esto es, proporcionado a las conductas que castiga y coherente con las condenas que impone a otros comportamientos de la misma o similar gravedad.

A su vez, se observa una tendencia normativa de resultado global incoherente, que mezcla indistintamente previsiones propias de políticas criminales contradictorias. Puede pues aplicarse a la evolución reciente de nuestro ordenamiento jurídico lo que O'Malley ha señalado en un contexto más amplio cuando habla de una «desconcertante serie de desarrollos, muchos de los cuales se nos muestran como mutuamente incoherentes o contradictorios. De forma que obediencia disciplinaria versus autonomía emprendedora; inocuización y almacenamiento versus reforma correccional; castigo y estigma versus reinserción; criminalización formal versus acuerdos informales entre víctima y delincuente, son binomios inconsistentes y, en ocasiones, contradictorios de la política y la práctica penal contemporánea»⁴. La última reforma del CP es un claro exponente de esta *esquizofrenia político-criminal* en la que viven los vigentes sistemas del Derecho Penal. Junto con medidas de extrema severidad punitiva, como la prisión permanente revisable (art. 36.1 CP), cabe mencionar en sentido opuesto la nueva regulación de la suspensión de la ejecución de la pena, con un régimen más flexible que favorece su aplicación (art. 80 CP) o la nueva forma especialmente privilegiada de libertad condicional prevista en el artículo 90.3 CP.

³ SERRANO GÓMEZ, A., «El proyecto de ley de reforma del Código Penal y la legislación líquida», *Diario La Ley*, n.º 8204, Sección Doctrina, 03.12.13.

⁴ O'MALLEY, P., «Volatile and Contradictory Punishment», en *Theoretical Criminology*, vol. 3, n.º 2, 1999, pp. 175-176.; una posición muy similar, en España, la ha mantenido GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «Tendencias del actual Derecho penal», en VV.AA., *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología. Congreso Internacional, Facultad de Derecho de la UNED, Madrid, 6 al 10 de noviembre de 2000*, UNED, Madrid, 2001, pp. 39-40. Más recientemente, DONINI, M. ha hablado de «los diversos tipos de Derecho penal que coexisten hoy» en «El Derecho penal diferenciado. La coexistencia de lo clásico y lo postmoderno en la penalidad contemporánea», *Revista General de Derecho Penal*, n.º 8, 2007, pp. 11 y ss.

Pero más allá de lo anterior, es fundamental considerar que esta manera de legislar, respondiendo más a una urgencia social momentánea que a una lógica jurídica coherente y duradera, está provocando que nuestro Derecho Penal sea cada vez más divergente de nuestro Derecho Penitenciario. Mientras éste hace depender la vuelta del interno al medio social de su evolución tratable (art. 72.4 LOGP), tenemos una normativa penal cada vez más represiva que incorpora parámetros ajenos, cuando no contrarios, a la lógica interna del ordenamiento penitenciario y cercena lo que éste pretende. Con ello parece como si, una vez producido el pretendido impacto en la opinión pública a través de los medios de comunicación, el legislador se desentendiese de las consecuencias jurídicas que sus modificaciones suponen. Si el Derecho Penitenciario no es más que el sistema de ejecución de la pena privativa de libertad que el Derecho Penal establece, la importancia de que uno y otro vayan de la mano en lo referente a principios y objetivos es obvia. De ahí que las reformas normativas de la última década, al dificultar enormemente esta vinculación, sitúen a nuestro sistema de ejecución en una difícil encrucijada.

Conocer cuál era la situación previamente existente, saber cómo hemos llegado a la actual y examinar las relevantes consecuencias que dicha evolución está teniendo en nuestro sistema de ejecución de penas y en su alejamiento de la finalidad que le asigna el artículo 25.2 CE, es el objeto de este libro compuesto de tres partes.

La primera –«Origen, estructura y problemática de nuestro sistema penitenciario»– se destina a presentar las bases de nuestro sistema de ejecución, destacando la problemática que internamente le aqueja. La segunda –«Más allá del sistema»– constituye el núcleo de este trabajo y se dirige a analizar las reformas penales que se vienen produciendo desde 2003 y que, tratando supestamente de corregir los problemas que presenta la ejecución penal, no sólo no alcanzan esa finalidad, sino que provocan unas fricciones sin precedentes con la normativa penitenciaria a la que inevitablemente afectan. Finalmente, se realizan una serie de propuestas de cambio y de mejora que tratan de situar al Jurista de II.PP. como protagonista principal de las mismas.

A su vez, los dos primeros bloques se componen de distintos capítulos. En cuanto a la Parte I, su Capítulo I aborda de manera introductoria el origen histórico y fundamento teórico de nuestro sistema penitenciario, con la finalidad de mostrar la armonía del mismo con el Derecho Penal que comenzaba a configurarse.

A continuación, en el Capítulo II se abordan los principios básicos sobre los que se asienta el sistema de individualización científica establecido en la LOGP –haciendo énfasis especialmente en la constitucionalización limitada

de la prevención especial, el sometimiento del régimen al tratamiento y el principio de flexibilidad– y se expone el contenido eminentemente tratamental de la ejecución penitenciaria así como la perspectiva social integradora que se ha impuesto en el mismo. En el último apartado se aportarán algunos datos sobre la trayectoria de reinserción que el sistema prevé para aquellos internos que muestren una respuesta adecuada al tratamiento –acceso a permisos ordinarios, tercer grado y libertad condicional– y se señalarán los buenos resultados del uso que los internos hacen de estos instrumentos de reinserción, que parecen ser indicativos del éxito del propio sistema.

Los restantes capítulos de esta primera parte abordan los mayores problemas que nuestro sistema de ejecución presenta y que dificultan enormemente que llegue a alcanzar los fines que se propone y, en particular, aquel al que está constitucionalmente abocado –la reinserción de los condenados como ciudadanos autónomos y responsables de sus actos–. En el Capítulo III se analiza lo que denominamos defectos internos del sistema, vinculados principalmente al principio de sometimiento del régimen al tratamiento. Ello bien porque se trata de un principio ilusorio respecto de determinados internos –aquellos en régimen cerrado y los preventivos–, o bien porque produce dinámicas de comportamiento en los mismos que contradicen los propios fines inicialmente propuestos.

Una vez abordados esos errores internos, se examinarán dos aspectos ajenos al sistema de individualización en sí, pero relacionados con los errores antes detectados y altamente distorsionadores de dicho sistema. Primero, el Capítulo IV se dedicará a analizar el añejo concepto de relación de sujeción especial y su continuidad en una parte importante de la normativa regimental que se aplica en nuestras prisiones –régimen sancionador, limitaciones regimentales, régimen FIES–. Finalmente, en el Capítulo V se abordará el sistema de recursos y de protección jurídica de los internos, que, como veremos, contribuye en poco a compensar las limitaciones del estatus jurídico de los reclusos y en cambio, por su propia configuración, viene a propiciar un híper garantismo del todo contraproducente a los fines que el tratamiento se propone.

Pasando a la Parte II, su Capítulo I introduce los movimientos normativos que dan lugar a la separación actual entre el Derecho Penal y el Derecho Penitenciario: la *descarcelación* y el *populismo punitivo*. Los restantes abordan uno por uno los concretos problemas que en materia penitenciaria se plantean, al hilo de las múltiples modificaciones penales que, producto de dichos movimientos, pueblan nuestra legislación nacional.

En concreto, el Capítulo II –El impacto de la LO 7/2003 de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas en el acceso del tercer grado penitenciario–

se analizan los nuevos requisitos establecidos a partir de dicha ley para el acceso al tercer grado –periodo de seguridad, abono de la responsabilidad civil y repudio y perdón a la víctima en el caso de la delincuencia terrorista– desde una perspectiva práctica y teniendo en cuenta el impacto en el sistema de individualización científica del periodo de seguridad –que introduce elementos propios de sistemas progresivos y limita las posibilidades de ejecución individualizada intrínsecas a nuestro sistema de cumplimiento– y de los restantes requisitos de abono de responsabilidad civil y repudio de la actividad delictiva y perdón a la víctima, que extienden uno de los fallos que antes atribuíamos a nuestro sistema de ejecución –la vinculación de mejoras en el régimen de cumplimiento, a muestras de evolución treatmental–. Como se verá, aparte de sus escasos resultados resocializadores, esta dinámica de cumplimiento tiene el inconveniente de favorecer tanto la instrumentalización de la víctima por parte del interno, como la prolongación de la dinámica vindicativa iniciada con el proceso penal, sin que nada de ello se compense con la obtención de efectos verdaderamente reparadores.

En el Capítulo III –Las medidas alternativas como medidas acumulativas: su difícil encaje sistemático– se estudiará el importante impacto que las medidas alternativas a la prisión tienen en nuestro sistema de cumplimiento. Las normas que en él se analizan son de dos tipos: las que regulan dichas medidas de una manera general –principalmente, el propio CP y las LO 15/2003 y la LO 5/2010 que lo modifican– y aquellas otras que han ido introduciéndolas en relación con determinados tipos de delitos –la LO 11/2003, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, y la LO 15/2007, por la que se modifica CP en materia de seguridad vial–.

Los Capítulos IV y V analizan los principales cambios que la LO 1/2015 ha supuesto en el medio penitenciario. En concreto, en el Capítulo IV sobre –El carácter irreconocible de la Libertad Condicional tras la LO 1/2015– se analiza la configuración de la libertad condicional como modalidad de suspensión de la condena, el choque jurídico que ello supone con la norma penitenciaria que la sigue considerando la última fase de cumplimiento de condena (art. 72.1 LOGP) y las disfunciones penitenciarias que todo ello conlleva. Por su parte, en el Capítulo V –La cadena perpetua revisable: El dudoso encaje constitucional de una pena que instrumentaliza el derecho de ejecución– se analiza la cadena perpetua revisable, pena que no sólo resulta en un régimen de cumplimiento desproporcionado e inadecuado a efectos de alcanzar la finalidad del artículo 25.2 CE, sino que profundiza la dudosa senda iniciada por la

LO 7/2003 al ampliar la presencia del periodo de seguridad e imposibilitar el acceso a permisos ordinarios en determinados supuestos.

Finalmente, tras analizar en los capítulos anteriores los cambios penales que afectan a los hitos básicos de la trayectoria de reinserción –permisos ordinarios, tercer grado y libertad condicional–, en los dos últimos capítulos de esta Parte II se examinan otros igual de fundamentales en su trascendencia penitenciaria y que se refieren a dos colectivos concretos: los extranjeros y las víctimas.

Respecto de los primeros, la simple y pura aplicación de la LOE invalida cualquier tipo de tratamiento que se quiera desarrollar con los mismos. En el Capítulo VI –Extranjeros en prisión: enemigos más allá del sistema penal– se pondrá de relieve cómo por aplicación del artículo 89 CP, que prioriza la expulsión del territorio de los extranjeros irregulares que hubieran cometido un delito, se priva al trabajo penitenciario que se realice con ellos de cualquier sentido práctico.

En el Capítulo VII –El regreso a la víctima: Ley 4/2015 y recurribilidad de las decisiones administrativas– se abordarán los cambios introducidos en el CP para reforzar la posición de las víctimas –procedimiento de mediación vinculado a la sustitución de la condena del art. 84 CP y la mayor presencia de las «demás partes» en las decisiones judiciales de relevancia penitenciaria–, y se examinarán las implicaciones en el ámbito penitenciario del nuevo Estatuto de la Víctima, configurado mediante Ley 4/2015.

Concluidas las dos partes del trabajo, se realizan una serie de propuestas de cambio, internas a la Administración Penitenciaria y en las que la figura del Jurista tiene un protagonismo destacado.

Para ello, se analizan algunos de los mecanismos de trabajo interno que, a la vez, contribuyen a los propios fallos internos del sistema y a la introducción y consolidación en el medio penitenciario del contenido de las reformas penales descritas –principalmente, el programa individualizado de tratamiento (PIT) y la tabla de variables de riesgo (TVR)–. Una vez analizado su funcionamiento, se expondrá cómo el papel del Jurista y su intervención a través de informes abiertos no sólo sirve para que las decisiones que se tomen sobre los internos estén más y mejor fundamentadas, sino también para reclamar y defender que la actividad penitenciaria se reconduzca a los fines a los que está constitucionalmente llamada.

PARTE I

**ORIGEN, ESTRUCTURA Y PROBLEMÁTICA
DE NUESTRO SISTEMA PENITENCIARIO**

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN HISTÓRICA AL SISTEMA DE INDIVIDUALIZACIÓN CIENTÍFICA

1. LAS ALTERNATIVAS PENITENCIARIAS A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

Parece incongruente hablar de alternativas penitenciarias a la pena privativa de libertad cuando, por definición, el sistema penitenciario consiste, precisamente, en la ejecución de la pena privativa de libertad misma⁵.

El artículo 73 RP, en paralelo al artículo 71 LOGP, define como régimen penitenciario «el conjunto de normas o medidas que persiguen la consecución de una convivencia ordenada y pacífica que permita alcanzar el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento y la retención y custodia de los reclusos». Es decir, constituyen el régimen penitenciario el conjunto de normas que establecen lo que diariamente pauta la vida en prisión del condenado a la pena de prisión. Siendo pues evidente la estrecha vinculación que existe entre la pena privativa de libertad y el sistema penitenciario, hasta el punto de llegar a coincidir intrínsecamente al dedicarse el último a la ejecución de la primera, se

⁵ Sobre el concepto de Derecho Penitenciario, sus principios informadores y sus relaciones con otras ramas del derecho, *vid.* entre otros TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., SAPENA GRAU, F. (Coords.), *Curso de Derecho penitenciario*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 19-28; MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 159-162; CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho Penitenciario*, 4.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 9-31; GRACIA MARTÍN, L., ALASTUEY DOBÓN, C., «La ejecución de las penas privativas de libertad (Derecho Penitenciario)», en GRACIA MARTÍN, L. (Coord.), *Lecciones de Consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 37-38; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., *Derecho Penitenciario*, 3.ª ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2016, pp. 319-330.

plantea la cuestión de cómo es posible abordar alternativas a la prisión desde el propio Derecho Penitenciario.

Sin embargo, el carácter paradójico de la idea de que existan alternativas penitenciarias a la pena de prisión se disipa cuando otras dos ideas bastante arraigadas se aúnan para confirmarla.

De un lado, la utilización de las alternativas penitenciarias a la pena de prisión no es una extravagante especulación, sino una realidad normativa que se aplica habitualmente como la filosofía y el modo de trabajo más extendidos entre los profesionales del medio penitenciario⁶. Aún a riesgo de caer en una generalización excesiva, lo cierto es que está bastante difundido como paradigma de trabajo, que tanto mejor funciona el sistema en sí, cuanto, dentro de unos límites proporcionales y de cumplimiento efectivo, más se lo niegue desde dentro; y ello porque tanto mejor se alcanza la finalidad de reinserción del condenado determinada por el artículo 25.2 CE, cuanto más se intenta incorporarlo paulatinamente al medio social normalizado⁷.

De otro, las alternativas penitenciarias a la pena de prisión parecen funcionar mejor y de manera más consolidada que las medidas que comúnmente reciben la denominación de medidas alternativas en nuestro Derecho Penal: la suspensión y la sustitución de la pena, los trabajos en beneficio de la comunidad, la localización permanente y la multa. Éstas siguen teniendo un ámbito de aplicación limitado a los hechos antijurídicos de escasa relevancia y, a la vez, por su dinámica de cumplimiento, que más adelante analizaremos, acaban siendo en muchos casos penas acumulativas, más que alternativas a la privación de libertad.

Pues bien, pese a su carácter aparentemente paradójico, la existencia de alternativas penitenciarias a la pena de prisión, cobra pleno sentido cuando repasamos, aunque sea brevemente, la historia de la pena y más concretamente de la pena privativa de libertad, así como la de los sistemas penitenciarios, que han avanzado de la mano en su recorrido histórico.

2. HUMANIZACIÓN Y TEORÍA DE LA PENA

Si todas las construcciones jurídicas encuentran su explicación en la sociedad de la que emanan, ello es particularmente aplicable al Derecho Penal,

⁶ TÉLLEZ AGUILERA, A., «Aproximación al Derecho Penitenciario de algunos países europeos», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, n.º 1818, 01.04.98, p. 19.

⁷ BENÍTEZ YÉBENES, J. R., *El procedimiento de actuación ante los órganos de la Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria. (Hacia un Derecho Procesal Penitenciario)*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 94.

pues se trata de una rama del derecho que intenta resolver de la manera más racional posible conflictos en los que interfieren factores emocionales, y por ello, altamente dependientes de la época en la que acaecen⁸.

La pena, en un principio, no se configuraba como un castigo preestablecido y proporcionado al daño cometido, ni mucho menos se identificaba ampliamente como hoy en día lo hacemos con la pena de prisión, cuya existencia es relativamente reciente. En sus inicios, la reacción punitiva se materializaba a través de venganzas privadas, ejecutadas por las propias víctimas o sus familiares, en actos puntuales de una justicia que se entendía sobre todo una cuestión privada y en la que el resto de la población solo participaba en una especie de ritual colectivo de repulsa. Se trataba de una justicia privada con peligrosas derivaciones vengativas, desarrolladas en un ambiente en el que acababa imponiéndose el *derecho del más fuerte*⁹. A la vez, la dureza y crueldad del sistema convivía con su arbitrariedad. Como apuntan Tamarit Sumalla y García Albero, «la aplicación de mutilaciones, descuartizamientos y tormentos de todo tipo convive con la existencia de importantes bolsas de ilegalismos sin respuesta y con un uso inmoderado del derecho de gracia»¹⁰.

Es sólo con posterioridad cuando la pena y su ejecución se institucionalizan y configuran conforme a parámetros preestablecidos. Parámetros en los que la voluntad privada de los afectados o de quienes los vengaban pesa cada vez menos y a través de los que se apaciguaba la repulsa popular que los hechos merecedores de castigo producían. A modo de ejemplo, aparece la *ley del talión* y, en un estadio posterior, las composiciones tarifadas, esto es, compen-

⁸ LACAL CUENCA, P., SOLAR CALVO, P., *Noticias Jurídicas*, 2014.

⁹ Algo así como lo que describe Schmidhäuser para el caso en que desapareciera la pena tal y como la entendemos: «Supongamos que mañana suprimimos todas las penas (...). Así, por ejemplo, a alguien le apetece apoderarse indebidamente de una bicicleta ajena. El propietario reconoce al ladrón fugitivo. Da cuenta del hurto a la Policía; como a no existen acciones punibles, la Policía remite al propietario, desde un principio, al tribunal de lo civil, que condena al ladrón a devolver la bicicleta. Pero éste tampoco la entrega al agente ejecutivo, sino que le derriba a golpes. Finalmente, el propietario encuentra a un grupo de hombre resueltos que le secundan; el ladrón es sometido y la bicicleta devuelta al propietario. Poco después, el ladrón se presenta con unos amigos ante el propietario y le vuelve a arrebatar violentamente la bicicleta. Finalmente, el propietario acepta la pérdida y se apodera por su parte, a la primera oportunidad, de una bicicleta ajena (...). Lo único que regiría sería el derecho del más fuerte; los incendios, las violaciones, los allanamientos de morada, los asesinatos y homicidios podrían cometerse a la luz del día. La consecuencia sería una lucha de todos contra todos que sólo encontraría un fin dentro de los distintos grupos que se constituirían para defenderse de las agresiones; y dentro de estos grupos, a su vez, habría que reaccionar con la violencia o con la expulsión cuando alguno de los miembros del grupo no respetara el orden; y en tal caso llegaríamos a situaciones como las existentes entre los antiguos germanos, siendo sólo una de sus consecuencias la venganza de la sangre entre los distintos grupos con todas sus implicaciones». SCHMIDHÄUSER, E., *Vom Sinn der Strafe*, Gotinga, 1963, pp. 51 y ss., citado por GIMBERNAT ORDEIG, E., «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?», *Estudios de Derecho Penal*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, pp. 148 s., n.º 29.

¹⁰ TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, p. 31.

saciones de daños fijadas previamente por aquellos entes públicos precursores de lo que hoy conocemos por Estado¹¹.

Justamente, en esta evolución de marcados tientes humanitarios, tiene mucho que ver la paulatina asunción por parte del Estado de la función del castigo. Si en un principio los intereses a proteger en todo conflicto comunitario eran privados, los conflictos pasan a considerarse sociales y los intereses enfrentados y el mismo enfrentamiento adquieren la connotación de interés público. La configuración del Estado y su consolidación como ente e idea organizativa del conjunto social, supuso la manera de apaciguar las emociones que el conflicto penal genera y la definición de la pena conforme a criterios más humanitarios y racionales, determinados, públicos y no dependientes de la visión subjetiva que de la justicia tengan los implicados o los ritos de escarnio público que la población ofendida ejercía. En este sentido, se puede decir que la historia del Derecho Penal y de la pena corresponde a la historia de una larga lucha contra la venganza¹². Y por ello, la pena carcelaria se caracteriza desde sus orígenes por tres notas diferenciadoras de los castigos hasta entonces existentes: se concibe a sí misma como una pena, su imposición corresponde a los tribunales públicos sometidos al principio de legalidad y se preocupa del modelo ejecutivo bien para humanizarla, bien para alcanzar a través de él otros fines¹³.

En este contexto evolutivo, es sobre todo a partir del siglo XVIII¹⁴, con la difusión de las ideas de la Ilustración, que en materia penal tuvo en la obra de César Beccaria¹⁵ su expresión más destacada, cuando se produce un cambio cualitativo en la manera de entender la pena y en su concreta configuración. Es en esta época cuando se formulan, como límites al poder punitivo del Estado, determinados principios penales que se consideran actualmente básicos e indiscutibles, contribuyendo a establecer el Derecho Penal y la ciencia que lo

¹¹ Sobre el concepto de pena y su evolución, BAJO FERNÁNDEZ, M., «El Derecho Penal: Concepto y Principios», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (Coord.), *Introducción al Derecho Penal*, 2.ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2015, pp. 51-53; CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 47-48 y pp. 78-84, respectivamente. Profundizan en esta cuestión, MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, pp. 21-51; y GRACIA MARTÍN, L., «Sistema de Penas», en GRACIA MARTÍN, L., 2016, pp. 11-21.

¹² RIVERA BEIRAS, I., en *La cuestión carcelaria: Historia, Epistemología, Derecho y Política penitenciaria*, 2.ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009, p. 46.

¹³ MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, p. 89.

¹⁴ Analiza la influencia del movimiento reformador ilustrado en esta evolución, MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, pp. 90-92, que destaca como logros específicos del mismo: el origen de una corriente humanista entre la opinión pública y los gobiernos, la normativización de la ejecución de la pena y la restricción de los castigos corporales o los instrumentos de terror. Igualmente, TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, pp. 30-31; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, pp. 345-347; BENÍTEZ YÉBENES, J. R., 2017, pp. 42-44.

¹⁵ BECCARIA, C., *De los Delitos y las Penas*, Alianza Editorial, Madrid, 2004.

estudia desde unas premisas humanitarias de las que hasta entonces había carecido. Entre ellos se encuentran los principios de legalidad, de proporcionalidad entre pena y delito cometido o de presunción de inocencia, pero también, muy especialmente, la proscripción de las penas crueles e inhumanas, hasta entonces tan comunes.

Al mismo tiempo y en relación con ello se pasa a asignar a la pena misiones diferentes a las de la mera venganza personal¹⁶. Aparecen así las *teorías absolutas de la pena*, de corte retributivo y origen kantiano, que defienden un castigo que carece de toda finalidad que no sea la de responder al hecho criminal cometido¹⁷. Frente a ellas, las *teorías relativas* pretenden de partida una funcionalidad penal, una finalidad de la pena que necesariamente va más allá de la simple represión del hecho cometido y el restablecimiento del Orden Jurídico atacado. Ello desde dos visiones diferentes y contrapuestas: la *prevención general*, especialmente defendida por Feuerbach y Bentham, y la *prevención especial*, entre cuyos exponentes destaca von Liszt, y cuya principal diferencia es que la función preventiva de la pena se dirija a la sociedad en su conjunto o al propio condenado. Y ambas, tanto desde una perspectiva negativa como positiva, según que se parta del temor que la pena puede infundir o de la capacidad de integración o de rehabilitación que puede cumplir.

¹⁶ Acerca de dichas teorías, MUÑOZ CONDE, F., «Culpabilidad y Prevención General», en *Derecho Penal y Ciencias Sociales*, UAB, 1982, pp. 161 y ss.; GARCÍA VALDÉS, C., *Teoría de la pena*, Tecnos, Madrid, 1987; LUZÓN PEÑA, D.M., «Alcance y función del Derecho Penal», *ADPCP*, t. 42, n.º 1, 1989, pp. 38-53; MIR PUIG, S., «Problemática de la pena y seguridad ciudadana», en *El Derecho Penal en Estado Social y Democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 115 y ss.; LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 6.ª ed., Tecnos, Madrid, 2005; MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, pp. 57-72 (de este mismo autor puede consultarse también más específicamente «Los fines de la ejecución de la pena privativa de libertad», *I Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Sevilla, 1983, pp. 13 y ss); y CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 49-51. PEÑARANDA RAMOS, E., «La pena: Nociones generales», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., 2015, pp. 255-288, ofrece una amplia perspectiva de las diferentes teorías de la pena, y la necesaria y lógica tendencia hacia su combinación. De la literatura extranjera han tenido una especial influencia ROXIN, C., *Problemas básicos del Derecho Penal*, traducción de Luzón Peña, D. M., Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros, Reus, Madrid, 1976; y HASSEMER, W., «Fines de la Pena en el Derecho Penal de orientación científico-social», en MIR PUIG, S., *Derecho Penal y Ciencias Sociales*, UAB, 1982, pp. 117 y ss. Interesante por su relación con los derechos de los internos, es la exposición de VAN ZYL SMIT, D., SNACKEN, S., *Principios de Derecho y Política Penitenciaria Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 128-144.

¹⁷ De acuerdo con la separación absoluta entre medios y fines defendida por Kant: «La pena judicial (*poena forensis*), distinta de la pena natural (*poena naturalis*), por la que el vicio se castiga a sí mismo y que el legislador no tiene en cuenta en absoluto, no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele sólo porque ha delinquido; porque el hombre no puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real: frente a esto le protege su personalidad innata, (...)». KANT, I., *La Metafísica de las Costumbres*, con un estudio preliminar de Cortina Orts, A., traducción y notas junto a Conill Sancho, J., Tecnos, 1989, p. 331.

Como sabemos, son múltiples los enfoques y las maneras que históricamente se han ofrecido para entender la pena y son variadas también las formas en que unos y otros se pueden llegar a combinar. En este sentido, si la retribución puede ser considerada como la más arcaica de estas teorías de la pena se refiere, lo cierto es que con nuevas formulaciones, dentro de parámetros de proporcionalidad y justicia más depurados, vuelve a ser muy tenida en cuenta por los partidarios de las modernas teorías del merecimiento, como Von Hirsch¹⁸. Por su parte, lo mismo sucede respecto de la prevención general, reformulada en su variante positiva por autores como Jakobs¹⁹. Pero además de estas adaptaciones, se imponen las teorías eclécticas ajenas a clasificaciones estancas que limiten a priori la finalidad de la pena a uno solo de los polos referidos. Al respecto, destaca la *teoría dialéctica de la unión* de Claus Roxin, que diferencia la finalidad específica de la pena para cada una de sus fases, distinguiendo entre ellas la conminación legal, aplicación judicial y ejecución de la condena con prevalencia de las teorías retributiva, preventivo general y preventivo especial, respectivamente²⁰. Y es que, como señala Mapelli Caffarena, «la cuestión no radica en elegir una de entre las teorías que acabamos de exponer», sino que «la ciencia penal desde muy temprano trató, sobre todo, de buscar un equilibrio entre las mencionadas teorías»²¹.

Pero lo que nos interesa ahora señalar es que es justamente en este contexto en el que surge y se consolida la pena privativa de libertad y se convierte en la pena reina con la que hacer frente al hecho delictivo, como alternativa a los métodos de castigo predominantes bajo el Antiguo Régimen, cuyo elenco

¹⁸ Así, von Hirsch representa una de las más modernas versiones de la *teoría retributiva*, superando la formulación inicial con parámetros más actuales, en busca de una mayor proporcionalidad de las penas con los hechos cometidos. Para el autor, el daño moral de los hechos criminales ha de pesar en la determinación de la pena más que la utilidad pretendida con la misma. En concreto: «La estructura de mi justificación propuesta para el castigo es una en la que la función reprobatoria tiene primacía (...) y la función preventiva opera sólo dentro del marco de la censura», V. HIRSCH, A., *Censurar y Castigar*, introducción de Larrauri Pijoan, E., Trotta, Madrid, 1998, pp. 28 y ss. Expone su teoría desde un punto de vista crítico, CID MOLINÉ, J., «Prevención de delitos y utilitarismo: una confusión censurable (a propósito de «censurar y castigar», de A. von Hirsch)», *Jueces para la democracia*, n.º 35, 1999, pp. 20-27. Del mismo autor son muy ilustrativas sus obras *¿Pena justa o pena útil?: el debate contemporáneo en la doctrina penal española*, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1994 y su tesis doctoral dirigida por BUSTOS RAMÍREZ, J., *Justificación de la sanción penal: el debate doctrinal en Italia y España entre la posguerra y los años ochenta*, UAB, 1990.

¹⁹ Especialmente, JAKOBS, G., *La pena estatal: significado y contenido*, traducción de Cancio Meliá, M. y Feijoo Sánchez, B., Thomson-Civitas, Madrid, 2006.

²⁰ Analizan con detalle su propuesta, LEGANÉS GÓMEZ, S., *Evolución de la clasificación penitenciaria*, Premio Nacional Victoria Kent, 2004; Ministerio del Interior, Madrid, 2005, p. 46; y MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 10.ª ed., Reppertor, Barcelona, 2016, pp. 50-54.

²¹ MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, pp. 72-76, expone los principales rasgos de las teorías unificadas y cómo tratan de resolver las tensiones internas que genera la concurrencia de los diferentes fines de la pena.

de sanciones centrado muy principalmente en las penas infamantes, las mutilaciones y la pena de muerte, que comenzaban a considerarse penas degradantes e incluso inhumanas²², se percibía como inadecuado e insuficiente para la resolución del conflicto social que el delito provoca²³.

Esta coincidencia del momento en que se produce el triunfo de la pena de prisión con la etapa histórica en la que la ciencia penal se impregna de principios humanistas y se pregunta sobre las consecuencias sociales de las sanciones penales hubo de tener también una importancia decisiva en la configuración interna de la propia pena de prisión y, en particular, de su ejecución y en el propósito de limitar los efectos nocivos inherentes a su práctica de acuerdo con los principios que definen al Derecho Penal moderno.

Por ello, hemos de referirnos brevemente a continuación al origen y la evolución histórica de los propios sistemas penitenciarios.

3. LOS SISTEMAS PENITENCIARIOS

No podemos decir que los sistemas penitenciarios existieran desde la misma puesta en marcha de la pena privativa de libertad²⁴. En un principio, a medida que la misma iba siendo aceptada, espacios hasta entonces utilizados, bien como lugares de custodia hasta la ejecución de las penas entonces aplicadas, bien como casas de acogida para vagabundos o enfermos, se transformaron en lugares donde pudiera ejecutarse la pena de prisión. Es el caso de las conocidas como casas de corrección, entre las que destacan *the House of Correction in Bridewell*, Londres, fundada en 1552 y dedicada a la corrección de vagos, mendigos, jóvenes díscolos y prostitutas, y las llamadas *Rasphuis* y *Spinhuis* de Holanda, destinadas, respectivamente, a la reclusión de hombres para el raspado de madera y la obtención de colorante, y a la corrección de

²² Acerca de las penas que se pueden considerar inhumanas y degradantes por su propia naturaleza, vid. PÉREZ MANZANO, M., «Principios del Derecho Penal III», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., 2015, pp. 142-144,.

²³ En este sentido FERNÁNDEZ BERMEJO, D., «El fin constitucional de la reeducación y la reinserción social: ¿un derecho fundamental o una orientación política hacia el legislador español?», *ADPCP*, t. 67, 2014, p. 364, advierte que: «las prisiones supusieron un avance respecto de los métodos de castigo que históricamente predominaban en el Antiguo Régimen». En esta misma línea resumen los motivos para su consolidación, TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, pp. 32-33.

²⁴ Analizan su evolución, BURILLO CASTELLOTE, F., *El nacimiento de la pena privativa de libertad*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1999; TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, pp. 30-34; LEGANÉS GÓMEZ, S., 2005, pp. 19-20; BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Penas privativas de libertad», en GRACIA MARTÍN, L., 2016, pp. 24-25; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, pp. 341-344.

mujeres mediante el trabajo como hilanderas. Igualmente, con la misma finalidad, se utilizaban hospicios como el de San Felipe Neri fundado en el siglo xvii en Florencia para la reforma de jóvenes, y en la misma época, el Hospicio de San Miguel en Roma, para jóvenes delincuentes, huérfanos y ancianos desvalidos²⁵.

Es importante destacar que, en esos primeros momentos, a pesar de la variedad de todas estas instituciones, se imponía en todas ellas, en mayor o menor grado y dentro de sus posibilidades, la separación de los sujetos que albergaban, según criterios de edad, sexo y situación penal, para tratar así de evitar su contaminación criminal. Todo ello supone un antecedente de la separación penitenciaria que actualmente recoge nuestro artículo 16 LOGP y desarrolla el artículo 99 RP²⁶.

Posteriormente, la consolidación de la pena privativa de libertad dio lugar, a partir del siglo xvii y sobre todo el xviii, a la construcción de auténticas prisiones y al desarrollo de sistemas penitenciarios más integrales, en tanto que conjunto de normas reguladoras del devenir diario en prisión –definición que coincide con la que aportan los artículos 71 LOGP y 73 RP antes transcritos–. La idea de casa de trabajo fue paulatinamente sustituida por la de centro de detención. De modo que la prisión dejó de estar en función de los trabajos forzados para centrarse en la propia privación de libertad²⁷. Ello trajo consigo la mejora de las condiciones de internamiento, en términos de menor hacinamiento y aumento de la higiene y, posteriormente, los intentos de orientar la ejecución de la pena de prisión al tratamiento y la rehabilitación de los internos, a medida que se iban imponiendo las correspondientes tendencias ideológicas.

²⁵ Como refiere FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *ADPCP*, 2014, p. 364: «Si bien es cierto, la finalidad reformadora conectada con la privación de libertad aparece inicialmente en la Edad Moderna, en las denominadas instituciones de corrección, cuya finalidad no era otra que reformar a mendigos y vagabundos».

²⁶ En concreto, el precepto legal refiere que: «Cualquiera que sea el centro en el que tenga lugar el ingreso, se procederá, de manera inmediata, a una completa separación, teniendo en cuenta el sexo, emotividad, edad, antecedentes, estado físico y mental y, respecto de los penados, las exigencias del tratamiento. En consecuencia: a) Los hombre 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». Por su parte, el artículo 99 RP impone adicionalmente la necesaria separación de aquellos internos que hubieran pertenecido a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Sobre el concepto, FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, pp. 606-608. Aborda la importancia de respetar la separación interior, especialmente respecto de los jóvenes, VAN ZYL SMIT, D., SNACKEN, S., 2013, pp. 220-222.

²⁷ *Vid.* en este sentido MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, p. 90.

Como impulsor de estos cambios estructurales, destaca especialmente John Howard, que, en su obra *Sobre el estado de las prisiones en Inglaterra y en el País de Gales*, realizó ya en 1777 una impresionante descripción del estado de las prisiones europeas y reclamó cambios en cuanto a alimentación, higiene, separación de presos, arquitectura y educación, como premisas previas para alcanzar penas humanas y socialmente útiles²⁸. Podemos decir que lo que Beccaria fue para el Derecho Penal, Howard lo significó para la ejecución material de la pena de prisión.

Igualmente, cabe mencionar como impulsor de los cambios a Jeremy Bentham²⁹ que tuvo una decisiva influencia en cuanto a la estructuración del cumplimiento de la condena conforme a parámetros arquitectónicos asegurativos. Este autor concibió la idea del *panóptico*, como edificio ideal en el que ejecutar la pena privativa de libertad. Se trata de un proyecto de cárcel racional cuyos pabellones, contruidos en forma de abanico con una torre central, permitirían ver y vigilar por un sólo guardián a todas las personas recluidas sin ser él mismo visto.

En este contexto, dos son los modelos que se distinguen en el estudio de los sistemas penitenciarios, correspondientes a dos áreas geográficas distintas y a dos periodos evolutivos sucesivos: los surgidos en las colonias de Norte América y los que, como un eco evolucionado del modelo anterior, se desarrollan posteriormente en el Viejo Continente³⁰.

En cuanto a los primeros, el *sistema filadélfico, pensilvánico o celular* marca el origen de la evolución a la que nos referimos. Nace en 1776 y se debe a William Penn, filósofo inglés, fundador de Pensilvania y del poblado de Fi-

²⁸ HOWARD, J., *Sobre el estado de las prisiones en Inglaterra y en el País de Gales*, publicado por primera vez en 1777, traducido por Esteban Calderón, J., Fondo de Cultura Económica, 2003. Sobre su obra, *vid.* GARCÍA VALDÉS, C., *Introducción a la Penología*, Universidad Complutense, Madrid, 1981, pp. 82-83; HAWKINGS, G. J., SHERMAN, M., *Imprisonment in America: Chosing the Future*, University of Chicago Press, 1983, *passim*; CARO, F., «John Howard y su influencia en la reforma penitenciaria europea de finales del siglo XVIII», *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n.º 27, 2013, pp. 149-169.

²⁹ BENTHAM, J., *El panóptico*, Ediciones La Piqueta, Madrid, 1979. Sobre su figura, entre otros: GARCÍA ALGARRA, J., *La reforma carcelaria en el modelo ilustrado y sus modelos arquitectónicos*, UNED, Madrid, 2002.

³⁰ Abordan con diferente grado de detalle la historia de los sistemas penitenciarios: GONZÁLEZ PLACENCIA, L., *La experiencia del Penitenciarismo Contemporáneo, Aportes, Expectativas*, CNDH, México, 1995; TELLEZ AGUILERA, A., *Los Sistemas Penitenciarios y sus Prisiones: Derecho y Realidad*, Edisofer, Madrid, 1998; TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, pp. 35-42; MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, pp. 92-95; VAN ZYL SMIT, D., SNACKEN, S., 2013, pp. 32-36; CERVELLÓ DONDE-RIS, V., 2016, pp. 84-86; GRACIA MARTÍN, L., ALASTUEY DOBÓN, C., «La ejecución de las penas privativas de libertad (Derecho Penitenciario)», en GRACIA MARTÍN, L., 2016, pp. 38-40. Por su puesta en relación con nuestro sistema penitenciario, destacan las exposiciones de LEGANÉS GÓMEZ, S., 2005, pp. 25-30; y FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, pp. 347-363. Un análisis de mayor profundidad se encuentra en LÓPEZ MELERO, M., «Evolución de los sistemas penitenciarios y de la ejecución penal», *Anuario de la Facultad de Derecho*, n.º 5, 2012, pp. 401-448.

ladelfia, que gobernó las tierras de su propiedad en base a principios muy evolucionados comparados con los que entonces regían en el Viejo Continente. Permitía la libertad de culto y fue, aún de modo incipiente, un importante impulsor de las libertades civiles. En el ámbito penitenciario, instauró un sistema conservador desde los parámetros de valoración actuales, pero evolucionado si tenemos en cuenta la situación de la que provenía. Basado en la redención de los penados a través de la oración y el silencio absoluto, estaba inspirado en los principios religiosos de los cuáqueros, confesión a la que Penn pertenecía, en la que el silencio y la contemplación se imponían como mejor vía de redención de quienes habían sido condenados. Para ello, conformaba una organización férrea basada en tres pilares: el aislamiento en celda, el silencio permanente y la ausencia total de trabajo.

En un estadio próximo pero posterior, el *sistema de Auburn* nace en 1823 en Nueva York. Disminuye la importancia de la religión en pos del trabajo y la disciplina. Al igual que el sistema filadélfico, impone el silencio, pero el aislamiento en celda y el recogimiento que el sistema anterior pretendía se sustituye por el trabajo diurno en común, en una especie de redención espiritual a través de la realización de la tarea encomendada.

Ambos sistemas fueron ideados y aplicados en el continente americano. A ello ayudó no sólo el espíritu comunitario que alienta a quienes están implicados en un nuevo comienzo, sino también el que la pena de deportación se cumpliera entonces en las colonias americanas, siendo su ejecución la que acabó evolucionado hasta dar lugar a la nueva pena de prisión. Sin embargo, las nefastas consecuencias del excesivo aislamiento que los sistemas penitenciarios descritos imponían en los condenados, obligó a dar un vuelco en la mentalidad penitenciaria para convertir los periodos de prisión no tanto en tiempos de aislamiento, sino de adaptación paulatina al medio social³¹. Como destaca Mapelli Caffarena en relación con el sistema pensilvánico su «graveidad y penosidad trajeron consigo, desde el primer momento, un fuerte incremento de los suicidios y desequilibrios psíquicos entre los internos. Los resultados tampoco fueron los que se esperaban, ya que las reacciones positivas de los reclusos frente a semejante régimen respondieron más a actitudes de hipocresía, debilitamiento o resignación que a un auténtico arrepentimiento». Fue por ello que, «a pesar de la fascinación científica que produjeron los sistemas norteamericanos, Europa iba a mostrarse más receptiva con los modelos pro-

³¹ En este punto, destaca el análisis de la realidad penitenciaria estadounidense y las mejoras que sobre su base realizaron TOCQUEVILLE, A., y BEAUMONT, G., *Del sistema penitenciario en EE.UU. y su aplicación en Francia*, Tecnos, Madrid, 2005.

gresivos que permitían mitigar el rigor de la pena según se avanzaba en sus ejecución»³². Ya no se trataba tanto de conseguir la redención o el perdón de quienes delinquieran, sino de lograr su regreso a la sociedad en las mejores condiciones posibles para poder llevar una vida en libertad acorde a las normas socialmente establecidas. En definitiva, la religión perdía importancia en pos del refuerzo de la autonomía individual. Un objetivo compartido con las teorías relativas de la pena, especialmente la de la prevención especial.

Así, los *sistemas progresivos* de finales del XIX y gran parte del siglo XX, dividen la estancia en prisión en diferentes etapas de obligado tránsito y características de cumplimiento diferentes, en tanto que modalidades o fases de ejecución cada vez más similares a la vida en libertad. Todo ello con la intención de que la incorporación al medio social del penado fuera paulatina y tutelada. Así, aunque el número de fases en que resultan divididos varía de unos sistemas a otros, lo cierto es que todos ellos tienen en común un primer periodo de cumplimiento efectivo en prisión y otros, posteriores temporalmente, con estancias controladas en el exterior de duración creciente. En concreto, marcan la evolución los sistemas siguientes.

En primer lugar, el conocido en términos generales como *sistema progresivo*, que nace en España gracias al Coronel Montesinos³³ y se inspira en la ideología humanista y reformadora, mucho más centrado en la persona que en el delito una vez que éste ha sido cometido. Entre sus fases, distinguía: *fase de hierros*, en la que los penados realizaban tareas de limpieza y otros trabajos interiores en el centro, estando sujetos a cadenas; *fase de trabajo*, en la que se buscaba una ocupación útil de los penados dentro del centro pero potenciando ya las capacidades que pudieran servirles en el exterior; *fase de libertad intermedia*, en la que se ponían en práctica las habilidades desarrolladas en el medio social y como antesala de la preparación a la definitiva libertad.

³² MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, p. 95.

³³ Sobre su figura, internacionalmente reconocida, se han escrito numerosas obras, entre otras, las de SPENCER, H. «Moral de la Prisión», *British Quarterly Review*, 1860; TRIGO Y FONT, E., *La reforma penitenciaria de Don Manuel Montesinos y Molina*, Imprenta de Bernardo Rodríguez, Madrid, 1917; TOMÉ RUIZ, A., «Montesinos, precursor del sistema progresivo irlandés», *REP*, n.º 4, 1945, pp. 29-30; RICO DE ESTASEN, J., *El Coronel Montesinos. Un español de prestigio europeo*, Imprenta de los Talleres Penitenciarios, Alcalá de Henares, 1948; BOIX, V., *Sistema Penitenciario del Presidio Correccional de Valencia bajo el mando del Coronel Montesinos*, Imprenta del Presidio, Valencia, 1950; LASALA, G., «La obra de Montesinos y su influencia en la legislación de su época», *REP*, n.º 159, 1962, pp. 74-96; y BUENO ARÚS, F., «Ideas y realizaciones de Montesinos en materia de Trabajo penitenciario», *REP*, n.º 159, 1963, pp. 123-180; Más recientemente, cabe citar las de SANZ DELGADO, E., *El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*, Edisofer, Madrid, 2003, pp. 168-186; CÁMARA ARROYO, S., *Internamiento de menores y sistema penitenciario*, Premio Nacional Victoria Kent 2010, Ministerio del Interior, Madrid, 2011, pp. 197-207; y FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *Individualización científica y tratamiento en prisión*. Accésit Premio Nacional Victoria Kent 2013, Ministerio del Interior, Madrid, 2014.

En segundo lugar, el *sistema reformador* que data de 1876 y tiene dos versiones, la americana, desarrollada en Elmira, y la inglesa, en Borstal. Destinado a internos de entre 16 y 30 años se encargaba de la ejecución de sentencias indeterminadas, cuya pronta finalización dependía de la evolución del interno. Supone, de entre los antecedentes anteriores, el que más asume los postulados de la prevención especial, al prescindir de la necesidad de ejecución completa de penas previamente determinadas, haciendo depender la ejecución enormemente de la evolución personal del penado. Modalidad de cumplimiento que sin duda ofrece la ventaja de no someter a restricciones de libertad a quien no lo necesita, pero que planteaba importantes dudas desde el punto de vista de la igualdad en el cumplimiento y una excesiva discrecionalidad administrativa durante la ejecución³⁴.

Por último, el *sistema de Crofton* o *sistema penitenciario irlandés*, que se inspira en el anterior de Montesinos. Ideado por Sir Walter Crofton bajo los criterios del Congreso Internacional Penitenciario de 1872 celebrado en Londres, introdujo una fase intermedia entre el trabajo cerrado y la libertad intermedia que antes referimos, lo que supone el origen más inmediato de nuestro tercer grado. Se impuso también en España en el penal de Ceuta y se basaba en un original sistema de vales que el penado iba acumulando y que permitían su acceso a mayores cotas de libertad.

Estos principios y sistemas de cumplimiento son el resultado de una evolución que se ha consolidado a lo largo del tiempo, a través de los movimientos sociales de protección de los Derechos Humanos, que no sólo han tratado de limitar los tiempos de internamiento efectivo en mejora de la condición psíquica de los condenados a pena de prisión y su posterior reincorporación social, sino las mismas condiciones físicas en que el internamiento se concreta. De hecho, las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas de 1957* y la adaptación posterior de las mismas al contexto geográfico concreto del *Consejo de Europa en 1973*, no son más que una plasmación de esta evolución en la forma de entender en concreto la pena privativa de libertad³⁵. De un lado, consolidan en nuestro entorno geográfico instituciones como los permisos de salida, previstos ya en la estructura de los sistemas progresivos. A la par, oficializan la ne-

³⁴ Profundizan en esta idea, FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, pp. 355-356.

³⁵ Sobre su importancia en la configuración del propio Derecho Penitenciario como rama independiente, CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 11. Abundan en su contenido, TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, pp. 38-42; ANDRÉS LASO, A., *Nos hará reconocernos. La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria: origen, evolución y futuro*, Premio Nacional Victoria Kent 2015, Ministerio del Interior, Madrid, 2016, pp. 56-62.

cesidad de salubridad en los centros penitenciarios, higiene mínima, condiciones físicas de habitabilidad, horarios y espacio para el descanso³⁶.

En definitiva, avances en un sentido prevalente determinado. El paso de una concepción absoluta o retributiva de la pena a otra relativa o preventiva, favoreció la evolución de los sistemas de ejecución de la pena de prisión hacia los actuales sistemas penitenciarios cada vez más centrados en la rehabilitación del condenado. Todo ello con el resultado de una nueva pena, la privación de libertad que, a pesar de sus obvias limitaciones desde la propia perspectiva de los Derechos Humanos que la define y delimita, se muestra como la respuesta social menos mala a la comisión de delitos. En contraste con épocas anteriores, permite que esa respuesta penal sea más humanitaria y, a la vez, con sus limitaciones, sirve a determinados fines, de entre los que, al menos tendencialmente y para la fase de ejecución, han acabado imponiéndose como más relevante los propios de la prevención especial, esto es, la reincorporación social del condenado a pena de prisión a modo de versión actualizada de lo que Platón defendía:

«... nadie castiga a un hombre malo sólo porque ha sido malo, a no ser que se trate de alguna bestia feroz que castigue para saciar su crueldad. Pero el que castiga con razón, castiga, no por las faltas pasadas, porque ya no es posible que lo que ya ha sucedido deje de suceder, sino por las faltas que puedan sobrevenir, para que el culpable no reincida y sirva de ejemplo a los demás su castigo. Todo hombre que se propone este objeto, está necesariamente persuadido de que la virtud puede ser enseñada, porque sólo castiga respecto al porvenir»³⁷.

4. UNA EXPLICACIÓN MÁS NACIONAL

Pero no se podría entender la configuración actual de nuestro sistema penitenciario sin la aportación nacional a los cambios anteriores y la intensa

³⁶ Posteriormente, en el año 2006, se aprobó una nueva versión de las reglas europeas. Al respecto, TÉLLEZ AGUILERA, A., *Las nuevas Reglas Penitenciarias del Consejo de Europa (una lectura desde la experiencia española)*, Edisofer, Madrid, 2006. Las traduce y comenta, MAPELLI CAFFARENA, B., «Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas», *RECPC*, n.º 8, 2006. Abordan su evolución y contenido, los mecanismos de protección que se les asocian –el Comité de Prevención de la Tortura y el TEDH– y el papel cada vez más influyente de la UE en el medio penitenciario, VAN ZYL SMIT, D., SNACKEN, S., 2013, pp. 37-81; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, pp. 330-339; BENÍTEZ YÉBENES, J. R., 2017, pp. 54-66. En cuanto a la versión internacional, las *Reglas Nelson Mandela* es el nombre con el que se conoce a las nuevas Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 2015.

³⁷ PLATÓN, «Protágoras» en *Obras completas de Platón*, edición de Patricio Azcárate, t. 2, Medina y Navarro Editores, Madrid, 1871, pp. 35 y ss.

aplicación que encontraron en nuestro ámbito³⁸. En este sentido, la tradición penitenciaria española está marcada por una fuerte corriente humanista³⁹. A la vez, los intentos por crear un sistema penitenciario que procurase la reeducación y resocialización de los penados tienen una larga trayectoria en el penitenciarismo hispánico⁴⁰. De ahí que desde un primer momento se abogase por el desarrollo de los sistemas progresivos frente a los norteamericanos, evitando el aislamiento y el silencio absolutos que tantos daños habían provocado en los reclusos⁴¹. En este contexto, diversas figuras y momentos históricos merecen ser destacados.

En primer lugar, cabe mencionar a Bernardino de Sandoval y Alfonso de Castro como precursores de Howard y Beccaria respectivamente⁴². Al respecto, Montes señaló que:

«Los moralistas españoles protestaban contra la crueldad y la desproporción de ciertas penas arraigadas en toda Europa por una tradición de muchos siglos. Lo que sucedió fue que la voz de estos insignes tratadistas se perdió en el vacío, mientras que la obra de Beccaria tuvo la suerte de llegar a tiempo, en una época de verdadera fiebre reformista, en que leyendas como la del pacto social

³⁸ Destacan los siguientes estudios al respecto: ROLDÁN BARBERO, H., *Historia de la prisión en España*, Instituto de Criminología, Barcelona, 1988; SANZ DELGADO, E., 2003, pp. 45 y ss.; LEGANÉS GÓMEZ, S., 2005, pp. 30-44; GARCÍA VALDÉS, C., *La ideología correccional de la reforma penitenciaria española del siglo XIX*, Edisofer, Madrid, 2006; ID., «Breve Historia del Derecho Penitenciario español», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (Coord.), *Derecho Penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 19-30; MATA Y MARTÍN, R. M., «La antigua cárcel de Lugo y algunos aspectos del sistema penitenciario español en el avance del siglo XIX», *AFDUAH*, n.º 5, 2012, pp. 283-316; y FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *ADPCP*, 2014, pp. 364-369; Igualmente cabe mencionar las obras de dos de los protagonistas de dicha evolución: SALILLAS, R., *Evolución Penitenciaria en España I*, Imprenta Clásica Española, Madrid, 1918; CADALSO, F., *Instituciones Penitenciarias y similares en España*, Madrid, 1922.

³⁹ Se asume en este trabajo la perspectiva defendida por la *Escuela Valdesiana* que acentúa la raíz humanitaria de nuestro sistema penitenciario actual. Según este punto de vista, en el siglo XIX, a partir del régimen progresivo de cumplimiento de condenas, una arquitectura propia, la profesionalización de los funcionarios, la instrucción de los reclusos, etc., se sentaron las bases del sistema penitenciario presente. Tal y como refiere el propio Carlos GARCÍA VALDÉS, la reforma penitenciaria protagonizada por la LOGP supuso una «lealtad a nuestra mejor historia y el reconocimiento tardío de sus protagonistas». GARCÍA VALDÉS, C., *Del presidio a la prisión modular*, Ópera Prima, Madrid, 2009, p. 44. Frente a esta perspectiva, RIVERA BEIRAS, I., 2009, pp. 51-95, presenta una explicación en términos económico-estructurales de nuestro sistema. Sin negar la validez de esta teoría en algunos aspectos que luego abordaremos, lo cierto es que ofrece una visión algo exagerada en lo que se refiere a la supuesta rebaja de los derechos de los internos. Una interesante exposición de ambas perspectivas se encuentra en NÚÑEZ, J.A., *Fernando Cadalso y la Reforma Penitenciaria en España*, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 30-60. Sobre ello brevemente TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, pp. 33-34.

⁴⁰ NÚÑEZ, J. A., 2014, p. 51.

⁴¹ GARCÍA VALDÉS, C., 2009, p. 36.

⁴² SANZ DELGADO, E., «Las viejas cárceles: Evolución de las garantías regimentales» *ADPCP*, t. 56, 2003, pp. 253-352.

pasaban por indiscutibles teorías filosóficas, y prosperaban a pesar de todos sus defectos y todos sus errores»⁴³.

En la misma línea sobre la importancia de su trabajo y la impronta dejada por el mismo, Sanz Delgado refiere que:

«Las propuestas anticipadas por aquellos autores han persistido plenas de vigencia, inalterables en el tiempo, y se advierten diáfanas conformando las exigencias normativas y recomendaciones en el derecho comparado actual»⁴⁴.

Igualmente, destaca la importancia de Manuel de Lardizábal que a través de su obra *Discurso sobre las penas* publicada en 1782 difunde las ideas de la Ilustración e influye enormemente en el primer Código Penal español de 1822⁴⁵.

Algo posterior en el tiempo, constituye un referente la labor humanitaria realizada por algunos militares que dirigieron presidios en el siglo XIX. En particular, el Teniente General Francisco Xavier Abadía y el Coronel Manuel Montesinos⁴⁶. En relación al primero, cabe decir que dirigió el Presidio Correccional de Cádiz en la primera década del siglo XIX implantando la clasificación de los penados, la instalación de una organización fabril, la prescripción de prácticas abusivas por parte de los carceleros y el estímulo de las rebajas de condena. En cuanto al segundo, ya destacamos antes su importante aportación al desarrollo de los sistemas progresivos llevada a cabo en el presidio de Valencia. Si bien es cierto que otros contemporáneos realizaron similares esfuerzos (Maconochie en Inglaterra, Obermaier en Alemania) el coronel gaditano fue pionero en prácticas de cumplimiento y tuvo un éxito muy relevante en el descenso de los niveles de reincidencia⁴⁷.

Se suma a los anteriores la tradición correccionalista representada por Concepción Arenal y Pedro Dorado Montero⁴⁸, que, como veremos posterior-

⁴³ MONTES, J., *Precursores de la ciencia penal en España. Estudios sobre el delincuente y las causas y remedios del delito*, Librería General Victoriano Suárez, Madrid, 1911, p. 9.

⁴⁴ SANZ DELGADO, E., *ADPCP*, 2003, p. 265.

⁴⁵ Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, p. 91; y CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 83.

⁴⁶ Sobre ellos *vid.* SANZ DELGADO, E., «Los orígenes del sistema penitenciario español: Abadía y Montesinos», en VV.AA. *Marginalidad, Cárcel, las "otras" creencias: Primeros desarrollos jurídicos de la «Pepa»*, Servicio de Publicaciones, Diputación de Cádiz, Cádiz, 2008, pp. 117-159.

⁴⁷ CUELLO CALÓN, E., «Montesinos precursor de la nueva penología», *REP*, n.º 159, 1962, pp. 43-66.

⁴⁸ TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, p. 45, en tanto que herederos de la corriente europea iniciada por Krause o Röder. Profundizan en su obra y significación, QUINTERO OLIVARES, G., *Derecho Penal, Parte General*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 217-222; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho Penal. Introducción*, Universidad Complutense de Madrid, 1995, pp. 423-429. Sobre su figura, ANTÓN ONECA, J., *La utopía penal de Dorado Montero*, Universidad de Salamanca, 1950; PAZ SAN SEGUNDO, M., «La cárcel y el delincuente en Concepción Arenal», *A distancia*, n.º 2, 1993, pp. 100-105; LACALZADA DE MATEO, M. J., «La reforma penitenciaria entre la ilustración y el organicismo social:

mente, adquirirá una enorme relevancia en la configuración jurídica de nuestro sistema penitenciario.

A principios del siglo xx se produce la consolidación del sistema progresivo en nuestro país de la mano de Cadalso, eminente penitenciarista volcado en la creación de un sistema penitenciario que procurase la reeducación y re-socialización de quien hubiera resultado condenado⁴⁹. A su vez, enfrentado ideológicamente al primero en algunos aspectos⁵⁰, es obligado mencionar a Salillas, médico de formación, quien desarrolló toda una teoría criminológica basada en la escuela lombrosiana. Aunque fue duramente criticado por el determinismo positivista que sus postulados implicaban, terminó asentando los pilares de la concepción clínica del tratamiento que caracteriza todavía a nuestra LOGP. El revolucionario Decreto de 18 de mayo de 1903, que lleva su impronta, establecía un esquema normativo que, basado en la atención singularizada del penado para conseguir su readaptación, aplicaba la Criminología y las ciencias de la conducta en el desarrollo y la ejecución de las penas privativas de libertad⁵¹.

En un momento temporal posterior, fue muy relevante, por los cambios que impulsó y la impronta innovadora que supuso, Victoria Kent⁵², quien, bajo

Concepción Arenal», *EPyC*, n.º 16, 1993, pp. 151-206; TELO NÚÑEZ, M., *Concepción Arenal y Victoria Kent: las prisiones. Vida y obra*, Instituto de la Mujer, Madrid, 1995; DE LARIO RAMÍREZ, D., «La crítica de Concepción Arenal a la colonización penitenciaria en Australia», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 86, 1996, pp. 227-246; Cercós i Raich, R., «Las influencias krausistas en el pensamiento de Concepción Arenal y Victoria Kent: la lucha por la reforma de las prisiones femeninas», en VV.AA., «El largo camino hacia una educación inclusiva: la educación especial y social del siglo XIX a nuestros días», *XV Coloquio de Historia de la Educación*, Pamplona-Iruña, vol. 2, 2009, pp. 57-68; GALLIZO LLAMAS, M., «Concepción Arenal y la humanización del sistema penitenciario: pasado, presente y futuro del reto humanista en las prisiones», *Acciones e Investigaciones Sociales*, n.º 32, 2012, pp. 45-59.

⁴⁹ NÚÑEZ, J. A., 2014; Del mismo autor, «La importancia de los estudios biográficos para la historiografía penitenciaria. Notas sobre la labor de Fernando Cadalso y Manzano en el presidio de Valladolid (1887-1890)», *ADPCP*, t. 66, 2013, pp. 405-422.

⁵⁰ Sobre ese enfrentamiento entre ambos que finalmente han resultado ser complementarios, GARCÍA VALDÉS, C., «Breve Historia del Derecho Penitenciario español», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R., 2015, pp. 21-23; SANZ DELGADO, E., «Dos modelos penitenciarios divergentes: Cadalso y Salillas», *REP*, n.º extra, homenaje al Prof. Francisco Bueno Arús, 2006, pp. 202-206.

⁵¹ Analizan su aportación, GALERA GÓMEZ, A., «Rafael Salillas: Medio siglo de antropología criminal española», *LLULL*, vol. 9, 1986, pp. 81-104; SERRANO GÓMEZ, A., «La Teoría criminológica de Salillas», *REP*, n.º extra, homenaje al Prof. Francisco Bueno Arús, 2006, pp. 112-129; SANZ DELGADO, E., «Rafael Salillas y Panzano penitenciarista», *ADPCP*, t. 65, 2012, pp. 164 y ss. FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *ADPCP*, 2014, pp. 366 y ss.

⁵² SÁNCHEZ GALINDO, A., «Victoria Kent. Una española universal», en VV.AA. *Los maestros del exilio español en la Facultad de Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pp. 213-245; MORA VÁZQUEZ, Z. P., «Sendero hacia la utopía. Las reformas penitenciarias de una mujer durante la República: Victoria Kent», *Ubi Sunt. Revista de Historia*, n.º 19, 2006, pp. 38-40; VILLENNA GARCÍA, M.A., *Victoria Kent, una pasión republicana*, Debate, Barcelona, 2007; GARGALLO VAAMONDE, L., *El sistema penitenciario de la II República. Antes y después de Victoria Kent (1931-1936)*, Premio Nacional Victoria Kent 2011, Ministerio del Interior, Madrid, 2012; Del mismo autor «La excarcelación de presos con Vic-

los auspicios de su maestro Jiménez de Asúa, fue la primera mujer nombrada Directora General de Prisiones, en la época de la II República. Siguiendo los postulados de los anteriores, y llevándolos a su máxima expresión bajo los auspicios de lo que parecía una nueva época, las iniciativas que llevó a cabo hacen que su figura sea fundamental para entender nuestro sistema penitenciario actual.

A pesar de que tan sólo estuvo un año al frente de las prisiones de nuestro país, exactamente del 19 de abril de 1931 al 8 de junio de 1932, realizó una ingente labor normativa y aunque pocas de sus normas entraron realmente en vigor, la impronta ideológica de su labor fue tal que aspectos determinantes de la filosofía de nuestro sistema se explican a través de su obra. Como decíamos, se inspiraba en los postulados reformistas de Concepción Arenal, pero fue más allá de los mismos por su vinculación a la Institución Libre de Enseñanza. Pretendía la corrección del delincuente de una manera mucho más autónoma respecto de las doctrinas religiosas, fomentando también la autonomía personal de los reclusos. Para ello, se sirvió de tres pilares básicos en su gestión: mejorar las condiciones de vida de los internos, reformar el cuerpo de funcionarios de prisiones y, lo que es altamente significativo desde el punto de vista cualitativo, aumentar los derechos de los condenados.

En función de lo primero, durante su mandato se cerraron 114 prisiones, se mejoró el racionado, aumentó el gasto en material de abrigo para cama y, fundamental en sus efectos humanizadores, se eliminaron los grilletes. Como anécdota, con el hierro que se extrajo de los grilletes y otros mecanismos de sujeción que se eliminaron en esta época, se erigió una estatua en honor a Concepción Arenal. En relación a la reforma del cuerpo de funcionarios, se procuró su depuración, la profesionalización del mismo y la evitación de abusos.

Pero lo que verdaderamente supuso un cambio respecto de la situación anterior, fue el aumento de los derechos de los internos. Entre otras innovaciones, en un intento de fomentar los contactos con el exterior, se permitió que los internos leyeran prensa, evitando un aislamiento excesivo de la sociedad en la que estaban destinados a ser reintegrados. Con la misma finalidad resocializadora, se instauraron los permisos de salida por motivos familiares, como medida tendente a la disminución de la desocialización. De manera adicional, se comenzaron a respetar las diferentes creencias que los internos pudieran tener,

toría Kent», en NAVAJAS ZUBELDIA, C. y ITURRIAGA BARCO, D., *Coetánea. III Congreso Internacional de Historia de Nuestro Tiempo*, Madrid, 2012, pp. 171-186. DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, M., «Significado de Victoria Kent en la vida política y la penitenciaria de España», *Revista de Doctrina Penal*, n.º 49, 2013, pp. 567-573; IBÁÑEZ PICAZO, C., «Victoria Kent, una jurista republicana en la Dirección General de Prisiones (1931-1932)», *REP*, n.º 257, 2014, pp. 33-119.

eliminando la obligación de asistir a los actos religiosos que la prisión programase en refuerzo de la autonomía personal de los condenados. Finalmente, se reconoció el derecho de los internos a presentar peticiones y quejas de manera confidencial.

Y así es como llegamos a la actualidad, a nuestra propia realidad, al hecho de que nuestra LOGP, sea la primera norma de rango legal de nuestra democracia, la primera aprobada tras la dictadura, elaborada por personas que en muchos casos habían sufrido en sus propias carnes las consecuencias de aquella. Como apunta García Marijuán al respecto, hablando concretamente de los permisos, pero de un modo que es posible generalizar:

«En todas las legislaciones penitenciarias se establece la figura del permiso, con distintas condiciones y requisitos en cuanto a las exigencias mínimas y los límites de tiempo. La normativa española establece unas pautas, tanto en días y duración de los mismos, como en las condiciones de exigencia de los reclusos, que se encuentran entre las más generosas o permisivas del contexto mundial, posiblemente fruto del momento constitucional de optimismo antropológico en que se elabora la ley penitenciaria»⁵³.

Y es que no sólo la evolución nacional expuesta, sino también el preciso momento histórico que el autor destaca, hacen de nuestro sistema penitenciario un sistema mucho más evolucionado que sus predecesores. Entendiendo de dónde venimos, nos encontramos en mejor disposición para comprender la especial configuración de nuestro sistema penitenciario, la paradoja de la que parte –contar con alternativas internas al cumplimiento efectivo de la pena que está llamado a ejecutar– y la radical novedad que implican algunos de sus postulados.

⁵³ GARCÍA MARIJUÁN, J. A., «A propósito de los permisos penitenciarios», *Papeles del Psicólogo*, n.º 56, Junio, 1993, p. 1. Abunda en el contexto social y político en el que surge la LOGP, ANDRÉS LASO, A., 2016, pp. 76-90.

CAPÍTULO II

FINALIDAD, ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE NUESTRO SISTEMA DE EJECUCIÓN

1. PRINCIPIOS BÁSICOS DEL SISTEMA DE INDIVIDUALIZACIÓN CIENTÍFICA

A nuestro juicio, tres son los principios básicos sobre los que pivota nuestro sistema de ejecución. El primero –el principio de constitucionalización limitada de la prevención especial como finalidad penitenciaria–⁵⁴, externo al propio sistema y la regulación penitenciaria, determina no obstante de modo fundamental su finalidad y su estructura. El segundo y el tercero –el principio de subordinación del régimen al tratamiento y el principio de flexibilidad–, internos al propio sistema y derivados del mismo, se dirigen a superar los sistemas penitenciarios que lo han precedido y hemos expuesto en el capítulo anterior. Por un lado, porque implican una creencia firme en que la aplicación del tratamiento adecuado puede provocar un cambio de conducta en el condenado. Y, por otro, porque sobre esa creencia, suponen una apuesta sistemática

⁵⁴ Con esta referencia al carácter limitado de la constitucionalización de dicho principio se trata de expresar las restricciones que conlleva la interpretación que el TC mantiene sobre el artículo 25.2 CE reiteradamente señaladas por la Doctrina. Entre otros, se pronuncian en este sentido GALLEGO DÍAZ, M., «Tratamiento penitenciario y voluntariedad», *REP*, n.º extra, *in memoriam* Profesor Francisco Bueno Arús, 2013, p. 100: «El ordenamiento penitenciario español se adscribe decididamente, aunque con las cautelas introducidas por el Tribunal Constitucional, al modelo rehabilitador, consecuencia de la opción adoptada en la Constitución Española (art. 25.2) sobre la finalidad de la pena». Igualmente, RACIONERO CARMONA, F., *Derecho penitenciario y privación de libertad. Una perspectiva judicial*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 245; TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, pp. 44-48, quienes resumen las matizaciones interpretativas que el TC introduce.

que escoge el tratamiento del interno como eje central sobre el que articular toda la labor penitenciaria.

Veamos de modo más concreto en qué se manifiestan dichos principios, el concepto de tratamiento sobre el que gravitan y algunos datos relativos a la práctica del sistema que conforman y que, al menos aparentemente, avalan su configuración.

1.1 **Artículo 25.2 CE: Constitucionalización de la prevención especial como finalidad de la labor penitenciaria**

Según el artículo 25.2 CE:

«Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria».

La primera e importante diferencia entre nuestro sistema penitenciario y otros anteriores y contemporáneos al mismo, consiste en que en nuestro contexto nacional es la propia CE la que asigna a la pena privativa de libertad, y por ende a su sistema de ejecución, una finalidad resocializadora que encaja en la tradición *preventivo-especial* de la pena⁵⁵. Indirectamente, dota de carácter

⁵⁵ Sobre la importancia de esta constitucionalización, ANDRÉS LASO, A., 2016, pp. 116-119. Exponen la discusión doctrinal en cuanto al contenido de los términos que el artículo 25.2 CE emplea –reeducación y la reinserción– y su relación con el fin que se pretende asignar a la pena, MUÑOZ CONDE, F., «La resocialización del delincuente: análisis y crítica de un mito», *Libro Homenaje a Antón Oneca*, Universidad de Salamanca, 1982; bajo en mismo título en *CPC*, n.º 7, 1979, p. 95 y ss.; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., *El trabajo penitenciario resocializador*, Caja de ahorros provincial de Guipúzcoa, San Sebastián, 1982. Destaca en esta dirección la tesis doctoral de MAPELLI CAFFARENA, B., *La resocialización penitenciaria*, dirigida por MUÑOZ CONDE, F., Universidad de Cádiz, 1982, donde el autor expone la problemática del concepto –dificultades para su aplicación práctica y utilización como instrumento de manipulación conductual–, para abogar por un concepto de resocialización orientado a la humanización del cumplimiento de la pena privativa de libertad como fin último de la misma. Del mismo autor, *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Bosch, Barcelona, 1983, pp. 150 y ss. Igualmente, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «Funciones y fines de las instituciones penitenciarias», en COBO DEL ROSAL, M., (Dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M., (Coord.), *Comentarios a la Legislación Penal*, t. VI, vol. I, Edersa, Madrid, 1986, pp. 28 y ss.; BUENO ARÚS, F., «La resocialización del delincuente adulto normal desde la perspectiva del derecho penitenciario», *Actualidad Penal*, n.º 5, 1987, pp. 233 y ss.; GARCÍA GARCÍA, J., «Tratamiento penitenciario», en CLEMENTE DÍAZ, M. y SANCHA MATA, V., *Psicología social y penitenciaria*, Escuela de Estudios Penitenciarios, Madrid, 1989; CID MOLINÉ, J., «Derecho a la reinserción social (consideraciones a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional en materia de permisos)», *Jueces para la democracia*, n.º 23, Madrid, 1998, pp. 38-39; TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005,

constitucional a la negación del sistema penitenciario desde dentro del mismo. Las alternativas internas con las que nuestro sistema penitenciario cuenta se convierten así en la incongruencia necesaria para resolver la paradoja de la que la CE parte: pretender la reincorporación a la sociedad desde una institución cerrada. El sistema se sirve de las mismas para incorporar al condenado al medio social de manera paulatina, minimizando los efectos desocializadores que la ejecución de la pena de prisión supone. En la práctica, esto se manifiesta mediante una doble vía.

Por un lado, se aúnan la perspectiva positiva y negativa de la teoría preventivo-especial de la pena, dando contenido tratamental a la ejecución de la condena. Desde el punto de vista de la prevención positiva, se trabajan aquellos condicionantes criminógenos que pudieran concurrir en el interno e influyentes en la propia etiología del fenómeno delictivo. Desde el enfoque negativo, se juega con la amenaza que supone que el tiempo de condena se transforme en tiempo de cumplimiento íntegro en prisión, eliminando la posibilidad de salidas periódicas de permiso ordinario y acceso a mayores cotas de libertad, si el interno no avanza en su tratamiento.

Por otro lado, en estrecha vinculación con esto último y como medio básico para ello, el sistema de individualización se plasma en instrumentos jurídicos que permiten el acortamiento de los tiempos en prisión. Teniendo en cuenta la incongruencia que supone la preparación a la vida normalizada en libertad desde la privación de ésta, la LOGP articula un sistema penitenciario que se niega a sí mismo, ofreciendo a los internos la posibilidad de reducir los tiempos de cumplimiento efectivo, si la evolución tratamental es la adecuada, esto es, si los propósitos de la prevención especial positiva se cumplen efectivamente. Es lo que denominamos trayectoria de reinserción, compuesta principalmente por los permisos ordinarios, el tercer grado y la libertad condicional.

pp. 48-52; ARANDA CARBONEL, M. J., *Reeducación y Reinserción Social*, tesis doctoral dirigida por Bueno Arús, F, CEREZO MIR, J., UNED, 2005 y publicada posteriormente bajo el título *Reeducación y reinserción social, tratamiento penitenciario, análisis teórico y aproximación práctica*, Accésit Premio Nacional Victoria Kent 2006, Ministerio del Interior, Madrid, 2009; LÓPEZ MELERO, M., «El artículo 25.2 CE como pauta de interpretación de los derechos fundamentales de los internos», *REP*, n.º extra, *in memoriam* Profesor Francisco Bueno Arús, 2013, pp. 150-159; «Aplicación de la pena privativa de libertad como principio resocializador: la reeducación y la inserción social de los reclusos», *ADPCP*, t. 65, 2012, pp. 253-304. Sobre la necesidad de dotar de un nuevo y más realista contenido al concepto de resocialización, MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, pp. 172-176. Por su parte, CERVELLÓ DONDERIS, 2016, pp. 27-31, expone las deficiencias de su puesta en práctica y su evolución conceptual en relación a la interpretación que el TC ha hecho del artículo 25.2 CE y el propio cambio del contenido de tratamiento que luego veremos; de la misma autora, de manera específica, «El sentido actual del principio constitucional de reeducación y inserción social», *Presente y futuro de la Constitución española de 1978*, Universidad de Valencia, 2005, pp. 217-233.

No obstante, a pesar de lo que pudiera inferirse de una primera interpretación del precepto, el TC niega tanto que la reinserción social sea un derecho fundamental de los condenados como que sea la única finalidad de la pena⁵⁶. Así, ha declarado lo siguiente:

«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»⁵⁷.

Derivado de lo anterior, la concesión de los hitos penitenciarios que sirven a la resocialización –permisos, tercer grado y libertad condicional–, no constituye tampoco en la interpretación del TC, derecho subjetivo alguno del interno implicado. En concreto:

«Si bien deben quedar informados por las finalidades constitucionales de reeducación y reinserción social, éstas no gozan de exclusividad para orientar cualquier decisión relativa a la vida penitenciaria, ni, en particular, para fundamentar la autorización o denegación de los permisos de salida, la libertad condicional o la suspensión de la ejecución de la pena»⁵⁸.

A partir de esta interpretación, Luzón Peña, Mapelli Caffarena y Leganés Gómez consideran que nuestro ordenamiento asume las *teorías unitarias de la pena* de Roxin. De modo que sus diferentes finalidades se relacionan con cada una de las fases de conminación, enjuiciamiento y ejecución, estando en esta última fase muy presente la *prevención especial*, pero sin que ello suponga la negación de los restantes fines de la pena⁵⁹. Si bien esta opción del TC se acepta como admisible dentro de las diferentes posibilidades interpretativas que el

⁵⁶ Sobre la discusión jurisprudencial y los fundamentos de la misma, FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *ADPCP*, 2014, pp. 384-398; MONTERO HERNANZ, T., «El tratamiento penitenciario», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R., 2015, pp. 179-181; PÉREZ MANZANO, M., «Principios del Derecho Penal III», en LASCURRAÍN SÁNCHEZ, J. A., 2015, pp. 151-155; BENÍTEZ YÉBENES, J. R., 2017, pp. 107-108 y 209-210.

⁵⁷ SSTC 2/1987, de 21 de enero; 19/1988, de 16 de febrero; 28/1988, de 23 de febrero; 72/1994, de 3 de marzo; 55/1996, de 28 de marzo; 112/1996, de 24 de junio; 75/1998, de 31 de marzo; 120/2000, de 10 de mayo; 167/2003, de 29 de septiembre; 2/2006, de 16 de enero; 196/2006, de 3 de julio, entre otras.

⁵⁸ Jurisprudencia consolidada en las SSTC 112/1996, de 24 de junio; 79/1998, de 1 de abril; 25/2000, de 31 de enero; 222/2007, de 8 de octubre. Así lo interpreta también el TEDH en su reciente sentencia de 22.01.13, disponible en *Jurisprudencia Penitenciaria 2013*, SG.II.PP., Madrid, 2014, pp. 505-525.

⁵⁹ LUZÓN PEÑA, D. M., *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Universidad Complutense de Madrid, 1979, p. 47; MAPELLI CAFFARENA, B., 1983, p. 133; Igualmente, 2011, pp. 75 y 76; LEGANÉS GÓMEZ, S., 2005, p. 46; Sobre la teoría eclética de ROXIN, MIR PUIG, S., 2016, pp. 50-54. Por su parte, TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, p. 45, quienes apuntan como posible motivo para ello el que «la optimista declaración constitucional aparece precisamente en el momento en que el pensamiento de la resocialización del delincuente comienza a entrar en crisis».

artículo 25.2 CE ofrece, teniendo en cuenta la crisis del ideal rehabilitador y las teorías de la pena más modernas, la doctrina se muestra más beligerante en lo que se refiere a la consideración de la reinserción como un mandato al legislador no perteneciente al catálogo de derechos subjetivos susceptibles de amparo⁶⁰.

Mapelli Caffarena, a pesar de que reconoce una relación entre la reeducación y la reinserción y los principios rectores de la política social y económica, esgrime que la ubicación del artículo 25.2 CE en el Capítulo II de ésta obedece a una intención expresa del Constituyente de elevarlo a la categoría de derecho fundamental del recluso. Sostiene, además, que «si se niega a lo expresado en el artículo 25.2 de la CE la condición de derecho fundamental, lejos de ser un elemento de dinamización se convierte en una mera declaración de buena voluntad elevada a rango constitucional, se degrada de utopía jurídica a absurdo jurídico»⁶¹.

En esta misma línea, a raíz de la evolución que el concepto de tratamiento experimenta entre la LOGP y el RP que luego analizamos, Bueno Arús ha apuntado que:

«Finalmente, sólo falta, en mi opinión, para poder inaugurar una nueva época en nuestro ordenamiento en relación con el concepto todavía sin larga tradición del tratamiento penitenciario y de la finalidad preventivo-especial positiva de la pena, que el Tribunal Constitucional enmiende su equivocada doctrina de negar la existencia de un derecho fundamental a la reeducación y la reinserción social, manteniendo cerrados los ojos ante la ubicación concreta del artículo 25 en el conjunto del texto y la sistemática de la Constitución española de 1978»⁶².

Destaca también en esta dirección la postura de Téllez Aguilera que vincula el necesario reconocimiento del derecho de los internos a la reinserción con dos mejoras penitenciarias: el desarrollo de un tratamiento serio, completo

⁶⁰ Además de los autores que a continuación destacamos, consideran que se trata de un derecho subjetivo de los internos, GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la Ley General Penitenciaria*, 2.^a ed., Civitas, Madrid, 1982, p. 195; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *La supuesta función resocializadora del Derecho penal*, Estudios Penales, Barcelona, 1984, p. 93; TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, p. 47; COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J., «Derechos fundamentales del condenado», en ALZAGA VILLAAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. III, Edersa, Madrid, 1996, p. 222; SEGOVIA BERNABÉ, J. L., «En torno a la reinserción social y a otras cuestiones penales y penitenciarias», *Anuario de la Escuela de Práctica Jurídica*, n.º 1, 2006. Al hilo del análisis de la jurisprudencia constitucional sobre la concesión de permisos ordinarios, CID MOLINÉ, J., *Jueces para la democracia*, 1998, pp. 36-49.

⁶¹ MAPELLI CAFFARENA, B., 1983, p. 165; «El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional», en RIVERA BEIRAS, I (Coord.), *Tratamiento Penitenciario y Derechos Fundamentales: Jornadas Penitenciarias*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 24.

⁶² BUENO ARÚS, F., «Novedades en el concepto de tratamiento penitenciario», *REP*, n.º 252, 2006, p. 34.

y adaptado a las necesidades de cada interno, y la configuración de la relación jurídica de éstos con la Administración de una manera más equilibrada, alejada de la orientación buenista que la caracteriza. En concreto:

«Reconocer la existencia de un auténtico derecho a la reinserción social del delincuente, sin miedos infundados ni ambages, se torna una asignatura pendiente, que una vez superada permitiría concebirlo como un sujeto activo que exige la realización de sus derechos y no un mero sujeto pasivo de la bondad y misericordia de la Administración. Como es bien sabido, el Tribunal Constitucional, en reiteradas ocasiones, ha entendido que el artículo 25.2 no contiene un derecho fundamental, sino un mandato al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos, y, por tanto, sin desconocer la importancia que tal principio supone, este precepto no confiere como tal un derecho amparable que condicione la posibilidad y la existencia misma de la pena a esa orientación. Sin embargo, creemos que con ello nuestro Alto Tribunal ha realizado una devaluación del artículo 25.2, el cual, dada su ubicación sistemática, viene a consagrar un auténtico derecho a la reinserción social y no un mero principio programático que hubiera tenido cabida en otro capítulo (el III) del Título I de la Constitución».

Siguiendo su razonamiento, negar a la reinserción la categoría jurídica de derecho fundamental, se ha debido al miedo del TC frente a la exigencias de excarcelación que pudieran presentarse por parte de internos reinsertados al inicio o durante el cumplimiento de la condena; miedo derivado a su vez, de una confusión de base entre dicha configuración y los diversos fines de la pena que la CE sin lugar a dudas recoge. Así:

«El temor del Tribunal Constitucional a que la consagración de la reinserción como derecho fundamental propiciara la petición de no cumplimiento de la pena privativa de libertad de aquellos penados que en el momento de tener que ingresar en prisión ya se encontrasen reinsertados en la sociedad, o de quienes estando en prisión la alcanzasen, es fruto de la confusión entre los fines de la pena, por una parte, y los derechos que el condenado tiene, por otra, los cuales, según la propia letra del precepto, le son reconocidos en cuanto «estuviere cumpliendo la misma», y en plena compatibilidad con los fines retributivos y preventivo-generales»⁶³.

En este sentido cabe entender, como señala Peñaranda Ramos, que el artículo 25.1 CE asume una concepción mixta de la pena, sin que ello signifi-

⁶³ TÉLLEZ AGUILERA, A., «Retos del siglo XXI para el sistema penitenciario español», *ADPCP*, t. 52, 1999, p. 334. Igualmente, en *Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*, Edisofer, Madrid, 1998, pp. 36-37.

que necesariamente la negación del derecho a la reinserción⁶⁴. Esto es, el reconocimiento del derecho subjetivo de los internos a la reinserción no impediría que la pena tuviera otras finalidades más allá de la prevención especial.

Con independencia de lo anterior, es importante resaltar para efectuar una correcta valoración de algunas de las modificaciones penales que desde 2003 se vienen produciendo, que tanto el TC como la doctrina coinciden en que la reinserción y el mandato que conlleva para el legislador constituyen un parámetro a tener en cuenta para resolver sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes penales. De modo que, aunque la reinserción no fuese un derecho subjetivo y se hayan asumido otros fines de la pena junto con la prevención especial, la pena privativa de libertad siempre tendrá que permitir la reinserción del condenado⁶⁵. En palabras del TC:

«Una norma que impidiera de modo radical tal posibilidad de resocialización sí resultaría contraria al artículo 25.2 CE»⁶⁶.

1.2 Principio de subordinación del régimen al tratamiento: La importancia del ambiente de cumplimiento

Para entender el enunciado del primero de los principios internos, contamos ya con el concepto de régimen del artículo 71 LOGP a los que anteriormente de un modo genérico nos referimos en tanto conjunto de normas que determinan el devenir diario del cumplimiento de la condena. La lectura de dos preceptos formulados inmediatamente a continuación en la LOGP nos aporta algunas pistas sobre lo que el sistema supone y la relación entre los términos que introduce. En concreto, el artículo 72.1 y 2 LOGP establece que:

«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.

2. Los grados segundo y tercero se cumplirán, respectivamente, en establecimientos de régimen ordinario y abierto. Los clasificados en primer grado serán destinados a los establecimientos de régimen cerrado, de acuerdo con lo previsto en el n.º 1 del artículo 10 de esta Ley».

⁶⁴ PEÑARANDA RAMOS, E., «La pena: Nociones generales», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., 2015, pp. 288-291.

⁶⁵ LÓPEZ MELERO, M. «Cuestiones sobre Régimen y Tratamiento», *ADPCP*, t. 67, 2014, p. 347; *REP*, 2013, p. 163; TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, p. 48.

⁶⁶ STC 160/2012, de 20 de septiembre.

Se observa que La LOGP identifica grados de tratamiento con centros penitenciarios especializados en una forma de cumplimiento. Sin embargo, la evolución posterior ha determinado que baste con relacionar los grados y los diferentes regímenes penitenciarios, pues especialmente tras la construcción de los denominados *centros tipo*, varios regímenes pueden convivir en un mismo centro⁶⁷. Por ello, resulta más adecuado a la realidad actual la redacción del artículo 74 RP, lo que resulta lógico por la mayor modernidad del texto. De acuerdo con el mismo:

- «1. El régimen ordinario se aplicará a los penados clasificados en segundo grado, a los penados sin clasificar y a los detenidos y presos.
2. El régimen abierto se aplicará a los penados clasificados en tercer grado que puedan continuar su tratamiento en régimen de semilibertad.
3. El régimen cerrado se aplicará a los penados clasificados en primer grado por su peligrosidad extrema o manifiesta inadaptación a los regímenes comunes anteriores y a los preventivos en quienes concurren idénticas circunstancias».

Este precepto es correlativo al artículo 101 RP, dedicado a definir los distintos grados:

- «1. La clasificación en segundo grado implica la aplicación de las normas correspondientes al régimen ordinario de los Establecimientos.
2. El tercer grado determina la aplicación del régimen abierto en cualquiera de sus modalidades.
3. El primer grado determina la aplicación de las normas del régimen cerrado».

Por tanto, al concepto de régimen que ya conocemos se une el de grado de tratamiento. Si el régimen es el conjunto de normas que el interno ha de seguir en un centro penitenciario, el grado de tratamiento hace referencia a la capacidad concreta de ese interno para seguirlas. Dicho de otro modo, el régimen supone la traducción normativa de una clasificación en grado, mientras que a través de la clasificación en grados de tratamiento se estudian y analizan las características personales y sociales de los internos para valorar su capacidad de vivir de acuerdo a las normas que determinan cada régimen.

En este punto, es necesario distinguir el concepto de clasificación del de separación interior⁶⁸. Éste se recoge en el artículo 16 LOGP, desarrollado en el

⁶⁷ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, pp. 391-414, exponen los diferentes tipos de establecimientos penitenciarios y profundizan en el concepto de centro polivalente o centro tipo.

⁶⁸ CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 180, se refiere también a ambos conceptos –clasificación y separación interior– y expone sus diferencias y relaciones.

artículo 99 RP, actualiza la separación que ya recogían otros sistemas penitenciarios y tiene como finalidad evitar la contaminación criminal. Se trata de una separación por edad, sexo y antecedentes delictivos, a la que el segundo apartado del precepto reglamentario añade la necesaria separación de los internos que hubieran sido miembros de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y militares. La diferencia conceptual con la clasificación es evidente. Mientras que la separación interior es inmediata al ingreso en el centro y depende de factores objetivos de fácil determinación, la clasificación requiere un estudio previo de factores de valoración más compleja, que el artículo 102.2 RP trata de acotar⁶⁹. Ello, a pesar de que la redacción del artículo 99 RP, aproximando ambos conceptos, determine que la separación también tendrá en cuenta «respecto de los penados, las necesidades del tratamiento». Sin embargo, se trata de un mero recordatorio de la importancia del tratamiento y la necesidad de que la separación interior sea lo suficientemente flexible para no entorpecer la realización de actividades que se programen. De no ser esto así, sería imposible realizar actividades conjuntas entre internos penados primarios y reincidentes. El problema es que en la actualidad este es el criterio que más se ha impuesto, siendo la separación interior una separación cuasi conductual, en la que se tienen en cuenta factores como la edad y el sexo, pero en la que muchas veces se olvida la importancia de la primariedad delictiva⁷⁰.

Establecida la anterior delimitación y tal y como especifica el artículo 102.3 y 4 RP para la clasificación de los internos en segundo y tercer grado:

«3. 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.

4. 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».

Teniendo en cuenta lo expuesto, el cambio estructural que el sistema de individualización supone se manifiesta en lo que afecta a las funciones básicas

⁶⁹ Aunque el precepto será abordado en profundidad en el Capítulo II de la Parte II, como parámetro valorativo de las novedades que la LO 7/2003 introduce, conviene que adelantemos su contenido. En concreto: «Para determinar la clasificación, las Juntas de Tratamiento ponderarán la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, la duración de las penas, el medio social al que retorne el recluso y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento».

⁷⁰ Como bien indica FERNÁNDEZ BERMEJO, D., «El sistema de ejecución de condenas en España: El sistema de individualización científica», *Estudios penales y criminológicos*, n.º 35, 2015, p. 137, «cabe afirmar que la relevancia del tratamiento individualizado en el sistema de individualización científica, ha puesto en evidencia que antiguos y clásicos criterios de separación».

del régimen. Así, los regímenes penitenciarios no buscan sin más el cumplimiento de las normas que establecen sino contribuir a través de dicho cumplimiento a la evolución tratamental del interno que el sistema en conjunto pretende. Esto es, a su clasificación en un grado superior. Resultado de la redacción constitucional y la primacía de la finalidad preventivo especial, la norma penitenciaria en sus artículos 71 LOGP y 73 RP, a la vez que define el régimen penitenciario, limita las funciones de control, retención y seguridad que inevitablemente conlleva, a las necesidades del tratamiento específico del condenado que permita su progresión de grado. De este modo, el artículo 71 LOPD que establece:

«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 deberán considerarse como medios y no como finalidades en sí mismas».

El precepto encuentra fundamentación en la influencia del clima social, el ambiente en la terminología de la norma, en la conducta personal y colectiva de los seres humanos. Entran en juego los conceptos de *presión ambiental*, acuñado por Murray, y de *settings o escenarios conductuales* de Barker⁷¹. Aplicado al contexto penitenciario, en lo que define como *visión ecológica de la prisión*, Garrido Genovés señala:

«Uno de los nuevos caminos que debemos empezar a recorrer implica considerar a la institución penitenciaria como un escenario de conducta, donde las relaciones que se producen entre el ambiente y sus moradores han de estudiarse con objeto de disponerla para obtener su mejor función y rendimiento. Aún en nuestra idiosincrasia y sistema social ni siquiera el mayor optimismo al respecto puede vislumbrar el final de las organizaciones penitenciarias. De este modo la pregunta relevante es: ¿cómo orientar su manejo para que resulte apropiada como el primer paso hacia una rehabilitación eficaz? Se precisa entender con urgencia que (...) la institución penitenciaria es un *setting* o ambiente donde reclusos y funcionarios interactúan y se influyen de manera continua. Recordemos que la adopción de una estructura organizacional determinada tiene mucho que ver con las conductas que en ella se generan»⁷².

⁷¹ Para un estudio más profundo de los conceptos introducidos, puedo remitirme a MURRAY, H.A., *Explorations in Personality*, NY Oxford University Press, 1938; BARKER, R., *Ecological Psychology: Concepts and methods for studying the environment of human behavior*, Stanford University Press, 1968. De entre los estudios para medir la variable ambiental del comportamiento humano, son especialmente relevantes los esfuerzos llevados a cabo más recientemente por MOOS, R.H. y TRICKETT, E.J., *Escala de Clima Social*, TEA Ediciones, Madrid, 1987.

⁷² V. GARRIDO GENOVÉS en REDONDO, S., «Evaluar e intervenir en las Prisiones. Análisis de la conducta aplicado», *PPU*, Barcelona, 1992, p. 68-69; a su vez, LÓPEZ MELERO, M., *ADPCP*, 2014, p. 352.

Y es que esta variable ambiental la conforman tanto las relaciones entre internos, como, muy especialmente, las relaciones entre internos y funcionarios y entre los funcionarios mismos, siendo fundamental que las normas que las regulan –el régimen–, hagan de ellas relaciones generadoras de un clima tendente al tratamiento, incluyendo éste no sólo las actuaciones más específicas encaminadas a la intervención sobre el delincuente, sino el propio trato del que se le hace partícipe y al que administrativamente se le somete⁷³. De ahí la relevancia de que el comportamiento de los funcionarios se corresponda con la ética deontológica y que el trato con los internos sea profesional y socializador⁷⁴.

En definitiva, el sistema limita las funciones asegurativas que conlleva el cumplimiento al logro de un ambiente tratamental adecuado. Un sistema en el que la seguridad en ningún caso constituye una finalidad en sí misma, sino un medio para la consecución de la reinserción social del condenado como finalidad programática a la que el sistema en su conjunto está constitucionalmente llamado⁷⁵.

En palabras de Mapelli Caffarena, relacionando este principio con el anterior:

«La preponderancia del fin de la ejecución (resocialización) no debe solamente aclarar los programas de política criminal y de ética jurídica de la ley penitenciaria, sino que debe garantizar los conflictos de fines inmanentes a la ejecución de forma que las tendencias institucionales hacia las medidas de orden y seguridad no limiten demasiado el campo necesario para el ensayo de la libertad»⁷⁶.

Por tanto, se trata de principios que deben orientar el día a día de la ejecución penitenciaria y manifestarse en consecuencias prácticas. Como señala

⁷³ Es aplicable el análisis de MARINA, J.A., en su libro *La Pasión del Poder*, Anagrama, Barcelona, 2008, sobre las características de las organizaciones humanamente enriquecedoras. Teniendo en cuenta que partimos de un contexto institucional cerrado, se hace aún más necesario el empeño administrativo en lograr que el ambiente y las relaciones que en el mismo se establecen sean las óptimas para fomentar lo que la actividad resocializadora pretende: lograr la autonomía personal y la responsabilidad social de quien delinque una vez haya cumplido la condena.

⁷⁴ Aspectos que el Código Deontológico, aprobado en Instrucción 2/2011, SG.II.PP., trata de recoger al establecer como principios de la actuación penitenciaria los de legalidad, interés público, neutralidad, integridad, ejemplaridad, equidad, proporcionalidad, eficacia, transparencia y buena fe, destacando su Capítulo III sobre las Relaciones con las personas sometidas a ejecución penal, que en su artículos 21 a 24 obliga a la atención directa de los internos, la cooperación a la resocialización, el respeto a la dignidad y la proscripción de los malos tratos. En este sentido, destacan la importancia del comportamiento del personal funcionario, VAN ZYL SMIT, D., SNACKEN, S., 2013, pp. 181-185.

⁷⁵ ALARCÓN BRAVO, J., *Tratamiento Penitenciario. Su práctica*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, p. 74; LÓPEZ MELERO, M., *ADPCP*, 2014, p. 328.

⁷⁶ MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, p. 176.

Cervelló Donderis, su cumplimiento «se debería reflejar en ejemplos concretos como pueda ser permitir el aplazamiento de un traslado para no interrumpir una actividad de tratamiento o incluso suspender el cumplimiento de una sanción por los mismos motivos, sin embargo, si en tales casos el orden y la seguridad se priorizan, ni el traslado ni la sanción anterior serían evitables si son necesarios para dichos fines»⁷⁷.

1.3 Flexibilidad en el cumplimiento

En segundo lugar, nuestro sistema va más allá que sus antecesores al pautar los tiempos carcelarios haciéndolos depender principalmente de la evolución tratamental del interno. Es decir, permite situar al interno en prisión en lo que en los sistemas progresivos constituiría necesaria y solamente el último estadio de cumplimiento de la condena. Como ellos, nuestro sistema de individualización científica persigue la paulatina preparación a la vida en libertad de los internos, pero, a diferencia de estos, permite incluso la clasificación inicial del interno en lo que en los sistemas progresivos constituiría los últimos estadios de cumplimiento de la condena. Dicho de otro modo, el sistema no relaciona métodos de tratamiento y fases de cumplimiento, pues los métodos están en función del individuo y no de la fase en que se encuentre clasificado⁷⁸.

En este punto, parte de la doctrina concede una menor importancia a la significación específica del sistema de individualización científica en relación con sus predecesores⁷⁹. Destacan en esta línea Mapelli Caffarena, quien aun admitiendo los avances que supone el sistema de individualización, advierte de la importante influencia que sigue teniendo el criterio temporal⁸⁰; Tamarit

⁷⁷ CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 241-242.

⁷⁸ MONTERO HERNANZ, T., «El tratamiento penitenciario» en DE VICENTE MARTÍNEZ, R., 2015, p. 180.

⁷⁹ Así, cuando aún no se había modificado el artículo 84 CP que mantenía el sistema progresivo en la norma penal, BUENO ARÚS, F., «Breve comentario a la Ley Orgánica General Penitenciaria», en *Estudios Jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez Vitoria*, t. I, Bosch, Barcelona, 1983, p. 53; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal español. Parte general*, 13.ª ed., Dykinson, Madrid, 1990. Más recientemente, una vez realizada la reforma, FERNÁNDEZ GARCÍA, J., en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (Coords.), *Manual de Derecho Penitenciario*, Colex, Madrid, 2001, p. 118, sostiene que el sistema de individualización científica no es más que una manifestación de los sistemas progresivos que cambia criterios objetivos y rígidos por otros subjetivos y flexibles. En la misma línea RODRÍGUEZ ALONSO, *Lecciones de Derecho Penitenciario*, 3.ª ed., Comares, Granada, 2003, p. 216, y GRACIA MARTÍN, L., ALASTUEY DOBÓN, C., «La ejecución de las penas privativas de libertad (Derecho Penitenciario)», en GRACIA MARTÍN, L., 2016, p. 40, mantienen que es un sistema progresivo con peculiaridades propias.

⁸⁰ MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, pp. 183-186.

Sumalla y García Albero, que ven en la conservación de los grados una importante reverberación del sistema progresivo⁸¹; y Cervelló Donderis, quien destaca la rigidez de contar con unos regímenes de cumplimiento normativamente establecidos en cuya configuración tienen gran peso específico la gravedad del delito e incluso el tipo de delito mismo⁸². Sin embargo, y a pesar de la involución normativa de los últimos tiempos, especialmente con la introducción del periodo de seguridad como requisito de acceso al tercer grado que luego abordaremos, una parte importante de la doctrina da cuenta del salto cualitativo que este sistema ha supuesto⁸³ y que nosotros también destacamos.

Resultado de ello es lo dispuesto en el artículo 72 LOGP, y más concretamente en sus apartados 3 y 4, que continúa presentando las claves de nuestro sistema penitenciario en los siguientes términos:

«3. 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 la libertad condicional, sin tener que pasar necesariamente por los que le preceden.

4. 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».

De manera que, nada obsta para que un interno acceda directamente al tercer grado penitenciario tras meses mínimos de estancia y observación en la prisión. Conforme al artículo 104.3 RP no es necesario si quiera tener cumpli-

⁸¹ TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, pp. 42-44.

⁸² CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 87.

⁸³ Entre otros, se posicionan en este sentido GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual de Ciencia Penitenciaria*, Edersa, Madrid, 1983, p. 290; GARCÍA ALBERO, R., «Cumplimiento y ejecución de las penas privativas de libertad. El acceso al tercer grado», en GARCÍA ALBERO, R., TAMARIT SUMALLA, J., *La reforma de la ejecución penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 48; LEGANÉS GÓMEZ, S., 2005, p. 63; MONTERO HERNANZ, T., «El tratamiento penitenciario», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R., 2015, pp. 179-209; FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *Estudios penales y criminológicos*, 2015, p. 128; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NIS-TAL BURÓN, J., 2016, pp. 360-362. Entusiasta del sistema, GARCÍA VALDÉS, C., 1982, p. 225, afirma que: «Se ha adoptado el sistema de individualización científica que es por el que el penitenciarismo más avanzado se inclina en la actualidad, pudiendo citarse, en este sentido, los artículos 4 y 5 de la Ley Penitenciaria sueca, los artículos 1 y 13 de la italiana y el artículo 25 de la Ley francesa 788, de 28 de julio de 1978. Mantienen, por el contrario, el sistema progresivo los artículos 7 y 68 de la Ley Penitenciaria venezolana y el artículo 7 de las Normas mínimas mexicanas». Por su parte, ALARCÓN BRAVO, J., «El tratamiento penitenciario: regulación jurídica y práctica actual en España», en JIMÉNEZ BURILLO, F., CLEMENTE DÍAZ, M. (Coords.), *Psicología social y sistema penal*, Alianza Editorial, Madrid, 1986, p. 250, señala como notas distintivas del nuevo sistema: «1. Libertad de elección de grado en el momento clasificatorio inicial. 2. Son decisivos, predominantemente, para la progresión o regresión, los criterios que radican en la persona (comportamentales o de evolución de la personalidad), no los externos o jurídico-penales. 3. No hay exigencia de tiempos mínimos –o de transcurso de tiempos mínimos– en los pasos de grado, todos estos puntos permiten un amplio juego a la individualización científica. 4. Principio de diversidad de regímenes: a cada grupo corresponde un régimen o establecimiento de régimen distinto: cerrado, ordinario, abierto, etc.».

da la cuarta parte de la condena para ello⁸⁴. Es decir, pesa mucho más la perspectiva de reforma, centrada principalmente en conseguir el cambio de conducta del interno, que el prolongar su estancia en prisión cuando ese efecto ya ha sido logrado. Ello aunque lo habitual sea que con anterioridad disfrute de permisos penitenciarios durante un periodo en segundo grado. Del mismo modo, a pesar de lo que se pueda inferir del texto legal, no se exige un periodo específico de permanencia en tercer grado antes del disfrute de la libertad condicional⁸⁵.

Este planteamiento normativo alcanza su máximo exponente mediante el principio de flexibilidad, que supone la suavización del sistema y una fórmula válida para escapar a sus dogmatismos. En evidente contraste con una rígida división en diferentes regímenes o grados de clasificación, el principio de flexibilidad autoriza la combinación de las notas características de los diferentes regímenes que conforman nuestro sistema de cumplimiento. De acuerdo con la filosofía adaptativa que lo preside, este principio convierte la propia evolución del interno y la individualización del cumplimiento, en los rasgos principales del modo de cumplimiento de la pena privativa de libertad. En este sentido, el artículo 100.2 RP determina que:

«No obstante, con el fin de hacer el modelo de ejecución más flexible, el Equipo Técnico podrá proponer a la Junta de Tratamiento que, respecto de cada penado, se adopte un modelo de ejecución en 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 for-

⁸⁴ En concreto: «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 artículo 102.2, valorándose, especialmente, el historial delictivo y la integración social del penado». Resulta interesante el apunte que realiza ARANDA CARBONEL, M. J., «Una aproximación práctica a la clasificación penitenciaria», *REP*, n.º 252, 2006, p. 42, sobre el tiempo de observación necesario para proceder a la clasificación. El antecedente de este precepto en el artículo 251 RP de 1981 requería un tiempo mínimo de conocimiento del interno, previsión de conducta y consolidación de factores favorables, no inferior a dos meses. El RD 1767/93, de 8 de octubre, modifica este precepto y sustituye este plazo mínimo por el concepto jurídico indeterminado recogido en el RP actual. Al respecto, el propio Consejo de Estado afirmó que la eliminación del plazo de los dos meses: «implica la reducción de aquellos límites que deben servir para evitar el uso arbitrario de la mayor libertad que el proyecto concede al Centro Directivo y, en esa misma medida, no puede juzgarse un aumento de garantías, sino todo lo contrario».

⁸⁵ Vid. RÍOS MARTÍN, J. C., ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X., PASCUAL RODRÍGUEZ, E., *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse en la cárcel*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2016, p. 299. Profundiza en ello, FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *Estudios penales y criminológicos*, 2015, 126-137, que realiza un repaso de los preceptos configuradores de nuestro sistema.

ma no pueda ser ejecutado. Esta medida necesitará de la ulterior aprobación del Juez de Vigilancia correspondiente, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad»⁸⁶.

Se trata de un precepto de gran utilidad en los dos sentidos de la escala de clasificación, pero con la misma finalidad de no restringir la libertad de los internos más allá de lo que sea necesario y proporcional considerando su evolución tratamental y las limitaciones regimentales asimiladas al grado que sin la aplicación de este principio le correspondería. Por un lado, permite que internos normalizados, respecto de los que los fines de prevención especial estén plenamente satisfechos, puedan cumplir parte de la condena en segundo grado flexible cuando factores ligados a la prevención general –como el tiempo restante de cumplimiento de condena– desaconsejan su acceso al régimen de semilibertad pleno⁸⁷; o, más comúnmente, que internos con posibilidades de acceder al tercer grado pasen un periodo de prueba en un régimen asimilado más abierto que el ordinario a través de la programación de salidas periódicas en menor número que las que corresponderían al tercer grado⁸⁸. Por otro lado,

⁸⁶ Sobre el principio y las peculiaridades del régimen que establece, GONZÁLEZ CAMPO, E. «El principio de flexibilidad en la ejecución penal», *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal*, 2003, n.º 4; FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *Estudios penales y criminológicos*, 2015, pp. 138-144; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, pp. 616-619.

⁸⁷ Tal y como señala el AJVP Ciudad Real de 17.05.05: «Esta Juzgadora conserva el escrúpulo de si la finalidad retributiva de la pena así como la de prevención general, también necesarias, se han cumplido mismamente dada la escasa fracción de la misma cumplida en régimen ordinario, por ello se mantendrá al interno en segundo grado de clasificación en un régimen cercano al tercer grado (...). Lo que permitirá lograr que la función de reinserción de la pena se alcance en un grado mínimo pero suficiente para mantener la integración familiar y laboral del interno y puesto que la pena continúa (aunque se cumpla en condiciones menos penosas) igualmente se cumplirán los efectos retributivos y de prevención que le son propios». En el mismo sentido, el AJVP Ocaña de 14.07.05: «Teniendo en cuenta las variables de duración de la pena impuesta en relación con el tiempo efectivo de estancia en prisión y la entidad del hecho delictivo, procedería mantener al interno en segundo grado. Sin embargo no pueden ignorarse otras variables concurrentes en el interno (...) En el presente caso, la mejor forma de cohesión y hacer compatibles las diversas funciones que la pena está llamada a cumplir (retributiva, preventiva y resocializadora) sin optar por una solución que potencie las dos primeras (retribución, prevención) en detrimento de la tercera (resocialización), como sería la de su continuidad en 2.º grado, ni por la del 3.º grado, artículo 83 RP, que daría preferencia a esta última y vaciaría prácticamente de contenido a aquellas otras, es acudir al mecanismo jurídico previsto en el artículo 100 RP que permite adoptar un modelo flexible en la ejecución de la pena que combine aspectos característicos de dos grados. En el presente caso, se mantendrá clasificado al interno en el 2.º grado de tratamiento a fin de que la finalidad retributiva y preventiva de la pena, también necesaria, pueda alcanzarse de manera suficiente, dada la relativamente corta fracción de la pena cumplida en régimen ordinario». Resoluciones disponibles en *Jurisprudencia Penitenciaria 2005*, DG.II.PP., Madrid, 2006, pp. 118-120 y 121-124, respectivamente, que recogen un criterio reiterado en los AAJVP de Tenerife de 24.04.06 y 06.10.06, el AJVP de Salamanca de 24.02.12, el AAP de Madrid Secc.5.ª de 21.02.12 y el reciente AJVP de Cantabria de 15.06.17.

⁸⁸ Ejemplo de la aplicación del principio de flexibilidad para conseguir un segundo grado asimilado al tercero o un segundo grado flexible, el AAP Madrid, Secc. 5.ª de 21.02.12: «El acceso a la semilibertad que el tercer grado implica no resulta suficientemente indicado a pesar de estas circunstancias positivas de la trayectoria del recurrente, a la vista de la fracción de la pena aún pendiente de cumplimiento. El interno ha sido condenado por un delito que la Ley juzga grave y se hace necesario asegurarse de que es nueva-

evita la clasificación en primer grado, si los motivos que justifican una restricción del régimen ordinario se contrarrestan con limitaciones parciales del mismo, menores que las que por sí sólo conlleva el régimen cerrado⁸⁹. Es decir, se trata de una posibilidad intermedia, que, en caso de concurrir conjuntamente factores favorables y desfavorables en un interno para su clasificación en tercer grado, evita su clasificación pura en segundo grado. A la vez que, de darse motivos para la aplicación del régimen cerrado, evita la aplicación del mismo en bloque si el interno tiene capacidad para vivir en un régimen ordinario restringido o primer grado flexible.

Sin embargo, el artículo 100.2 RP no ha estado exento de críticas, pues incluye por vía reglamentaria un importante matiz en la forma de cumplimiento, no prevista en la LOGP. De ahí que sea acuerdo consolidado de los JJVP:

«Instar la reforma legislativa en el sentido de que el principio de flexibilidad, y en especial el actual artículo 100.2 del Reglamento penitenciario, sea regulado por Ley Orgánica, debiéndose añadir al actual enunciado la necesidad de remitir al JVP en estos supuestos el expediente completo con todas las circunstancias penales y penitenciarias del penado y debidamente motivadas las razones por las que se pretende la aprobación de dicho régimen y no sólo el programa específico de tratamiento. En tanto la aplicación de este régimen no sea aprobada por el JVP, no debería ser provisionalmente ejecutivo. (Acuerdo aprobado por

mente merecedor de la confianza característica de la clasificación en tercer grado, permitir que cumpla sus fines la ejecución de la pena privativa de libertad, en evitación de la reincidencia, y procediendo gradualmente. Con esta finalidad se instaurará para el interno, al amparo del principio de flexibilidad que inspira el tratamiento penitenciario, un régimen mixto (art. 100.2 RP) que combinará su permanencia en segundo grado con la autorización de hasta cuarenta y ocho días de permiso al año y la salida de permiso todos los fines de semana, hasta su progresión al tercer grado pleno, al que accederá, sin resolución previa que lo acuerde, cuando se haya contrastado la existencia real de un trabajo en el exterior, de acuerdo con la oferta de trabajo que consta en la causa». En términos muy similares, el AJVP de Salamanca de 24.02.12: «(...) pero dado aún los pocos permisos disfrutados, se hace necesario que pase por un grado intermedio que viene regulado en el artículo artículo 100.2 RP, de manera que, permaneciendo el penado en segundo grado gozará de las siguientes ventajas del tercer grado: podrá disfrutar hasta de cuarenta y ocho días de permiso al año, y podrá salir un fin de semana al mes, de viernes a lunes, para así tratar de conciliar su vida familiar, que la Junta de Tratamiento podrá cambiar por otros días de salida, si así lo aconseja el tratamiento, o para fines concretos, como para exámenes del carnet de conducir, para los que solicitó en su día permiso extraordinario que le fue denegado en su día, pudiendo, asimismo la Junta ampliar los fines de semana, si la evolución de la conducta del interno así lo precisara». Ambas resoluciones están disponibles en *Jurisprudencia Penitenciaria 2012*, SG.II.PP., Madrid, 2013, pp. 189-190 y 191-194, respectivamente.

⁸⁹ CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 203, se felicita de esta posibilidad y de su aplicación también en el sentido ascendente contrario. Es decir, para procurar la adaptación paulatina a otros regímenes de un interno en régimen cerrado. Así: «Entre estas posibilidades una muy adecuada es la transición del primer grado al segundo grado que en virtud de la aplicación del artículo 100.2 puede permitir a los internos, antes de la progresión, la participación en actividades comunes para facilitar la convivencia y la integración».

unanimidad en la reunión de junio de 2006 y ratificado igualmente en la reunión de octubre de 2007)»⁹⁰.

En la práctica, los JJVP suelen respetar la literalidad reglamentaria y permitir la provisionalidad ejecutiva del programa específico de artículo 100.2 RP que se proponga. Ello porque se entiende que el artículo 100.2 RP no supone más que la combinación de los grados de clasificación que la LOGP establece y sólo se aplica a favor de los internos, esto es, mejorando su régimen de cumplimiento y con ello su libertad de actuación.

A diferencia del artículo 75 RP, que también implica innovación reglamentaria⁹¹, la aplicación del artículo 100.2 RP nunca supone medidas reglamentarias restrictivas más allá de las que conlleva la propia clasificación del interno. Por ello, se entiende que el artículo 100.2 RP respeta el principio de seguridad jurídica, pues no permite restricción alguna de derechos, sino únicamente la ampliación de estos por encima de lo que la determinada clasificación en grado habitualmente permite⁹².

No obstante, también abogamos por su anclaje legal, en tanto que estos criterios son simples soluciones adoptadas en la práctica que tamizan la confrontación normativa de la que la regulación del principio de flexibilidad parte. Como apunta Cervelló Donderis:

«Su inmediata efectividad, incluso previa a la autorización judicial y los cambios que permite producir en la clasificación, hacen merecedor al principio de flexibilidad de una regulación más adecuada en la LOGP con el fin de desarrollar con las suficientes garantías sus amplias posibilidades»⁹³.

De hecho, esta peculiar extralimitación reglamentaria, ha derivado en que se abogue por la excepcionalidad de la aplicación del artículo 100.2 RP. Así se infiere del propio criterio 60 bis de los JJVP antes transcrito, y así se establece

⁹⁰ Acuerdo 60 bis, disponible en VV.AA., *Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los JJVP en sus XVIII reuniones celebradas entre 1981 y 2009*, CGPJ, Madrid, 2009, pp. 27 y 28.

⁹¹ De acuerdo con el mismo: «1. Los detenidos, presos y penados no tendrán otras limitaciones reglamentarias que las exigidas por el aseguramiento de su persona y por la seguridad y el buen orden de los Establecimientos, así como las que aconseje su tratamiento o las que provengan de su grado de clasificación. 2. En su caso, a solicitud del interno o por propia iniciativa, el Director podrá acordar mediante resolución motivada, cuando fuere preciso para salvaguardar la vida o integridad física del recluso, la adopción de medidas que impliquen limitaciones reglamentarias, dando cuenta al Juez de Vigilancia».

⁹² En este sentido, ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V., *Reglamento penitenciario comentado: análisis sistemático y recopilación de legislación*, MAD, Madrid, 2006, p. 221.

⁹³ CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 203. De la misma opinión, BARAS GONZÁLEZ, M., «El régimen penitenciario», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R., 2015, pp. 137-138.

en múltiples resoluciones, de las que el AAP de Cádiz de 26.02.14 puede servirnos de ejemplo. De acuerdo con el mismo:

«En sus condicionantes reglamentarias, esta medida excepcional requiere que se fundamente, esto es, tenga su razón de ser en un programa específico de tratamiento que, sin ella, no podría ser ejecutado. En consecuencia, para que el Juez de Vigilancia Penitenciaria pueda aprobar la aplicación de tal medida, siempre en el caso de un interno concreto, la propuesta de la Junta de Tratamiento deberá contener: a) la descripción del programa específico de tratamiento cuya ejecución resulta imposible sin la medida propuesta; b) las razones de tal imposibilidad; y c) lógicamente, cuáles son y en qué consisten los elementos o aspectos característicos de los distintos grados clasificatorios a combinar»⁹⁴.

El problema que así se plantea es que la peculiaridad del artículo 100.2 RP y la promoción de su aplicación excepcional por los JJVP ha acabado alcanzando a la propia Administración Penitenciaria. De unos años hacia acá y a diferencia de lo que venía sucediendo anteriormente, no se considera ya que el acceso de un interno al mercado laboral o el hacer frente a sus responsabilidades familiares pueda justificar la aplicación del artículo 100.2 RP, al entender que no existe programa específico que motive su empleo. A juicio de la administración, en estos casos se produce un fraude legal consistente en conceder terceros grados a quienes no cumplen todos los requisitos para ello. Esto es, el contenido más habitual del que se dota a los terceros grados no sirve para justificar la necesidad del programa que el artículo 100.2 RP exige y, por ende, la aplicación de éste.

Lo peculiar de esta problemática que destacamos es que esta visión restrictiva de la administración trata de hacerse un hueco en contra incluso del criterio de la mayoría de los JJVP y yendo más allá de las restricciones que en sede judicial se plantean. Así, en el reciente Auto 38/17 AN, Sala de lo Penal, Secc. 1.ª de 08.02.17, que aprueba la aplicación del artículo 100.2 RP para

⁹⁴ *Jurisprudencia Penitenciaria 2014*, SG. II.PP., Madrid, 2015, pp. 154-157. En relación con ello, el interesante AJVP de Huelva de 11.12.13 que exige en todo caso que la Junta de Tratamiento elabore un programa de tratamiento suficientemente específico que justifique la aplicación excepcional del artículo 100.2 RP. Ello sin que el Centro Directivo pueda sustituir a los Equipos de Tratamiento en dicha elaboración como sucede en el caso que se analiza. En concreto: «En el presente supuesto, no existe programa específico de tratamiento que, propuesto por el Equipo Técnico y aprobado por la Junta de Tratamiento, combine aspectos de ambos grados, en cuanto que la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Huelva de fecha 11-09-13, estimó procedente proponer la progresión a tercer grado del interno artículo 82.1º, no pudiendo por ello aprobarse el acuerdo de la Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto de 25-10-13, que excediéndose en las competencias que se le atribuyen por el Reglamento Penitenciario, acordó el mantenimiento en segundo grado artículo 100.2 RP, debiendo por ello considerarse dicho acuerdo de mantenimiento en segundo grado ordinario, contra el que el interno ha interpuesto el pertinente recurso». *Vid. Jurisprudencia Penitenciaria 2013*, ob. cit., pp. 270-272.

realización de actividad laboral y el Auto del JCVP de 02.03.17 (*Caso Maja-renas*), que aplica el segundo grado flexible para que una interna pueda hacerse cargo de su hija menor víctima a su vez de un delito. Resoluciones que, al venir referidas ambas a miembros de banda armada, no sólo adquieren actualidad, sino también relevancia, pues tratan de dar importancia a los motivos humanitarios y de reinserción social también en estos casos.

No obstante, como decimos, las anteriores resoluciones no han hecho más que aplicar para la delincuencia terrorista lo que se defiende para los restantes internos. Como muestra de ello pueden valer distintos Autos de JJVP. Así, el AJVP de Valladolid de 30.12.04 sobre aplicación del artículo 1002. RP para acceso al mercado laboral, abono de la responsabilidad civil y evitación de desestructuración familiar, señala que «sólo a través de nuevo acceso al mercado laboral será posible que al menos parcialmente continúe el abono de parte de la responsabilidad civil derivada del delito y se evite la desestructuración familiar y social a cuya prevención alude el artículo 83.2 d) del Reglamento Penitenciario»; el AJVP Ciudad Real de 17.05.05 que aplica el principio de flexibilidad para favorecer «la integración familiar y laboral del interno»⁹⁵; el AJVP de Ocaña de 14.07.05 que incluye dentro del programa propio del artículo 100.2 RP el desempeño de actividad laboral⁹⁶; el AJVP de Tenerife de 24.04.06 que aplica el principio de flexibilidad para búsqueda de empleo⁹⁷; el AJVP n.º 1 de Madrid de 13.10.09 que concede el segundo grado flexible para desempeño de actividad laboral de interno extranjero, reconociendo la validez de la autorización de trabajo propia del tercer grado –Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de julio de 2005 que abordamos en el capítulo dedicado a internos extranjeros– también para la modalidad de cumplimiento artículo 100.2 RP⁹⁸; y el reciente AJVP de Cantabria de 15.06.17 donde se aplica el principio de flexibilidad «al gozar el interno de oferta firme de trabajo». Por otro lado, y de manera más general, el criterio n.º 29 de las Conclusiones de los Fiscales de Vigilancia Penitenciaria de 2015, reconoce como objetivos tratamentales del artículo 100.2 RP los «familiares, educativos, formativos, laborales».

Teniendo en cuenta la escalada penal de las reformas penales de las últimas décadas y la finalidad resocializadora y humanista prioritarias de la ejecución de la condena⁹⁹, entendemos que cualquier mecanismo normativo que

⁹⁵ *Jurisprudencia Penitenciaria 2005*, ob. cit., p. 120.

⁹⁶ *Jurisprudencia Penitenciaria 2005*, ob. cit., p. 124.

⁹⁷ *Jurisprudencia Penitenciaria 2006*, DG.II.PP., Madrid, 2007, pp. 68-72.

⁹⁸ *Jurisprudencia Penitenciaria 2009*, SG.II.PP., Madrid, 2010, pp. 107-110.

⁹⁹ Seguimos a MAPELLI CAFFARENA, B., 1982 y 1983, pp. 150 y ss.

permita un acceso a mayores cotas de libertad a los internos cuya evolución así lo justifique, no sólo ha de ser bienvenido, sino ampliamente utilizado. Las interpretaciones restrictivas de la ley pueden tener algún fundamento normativo, pero constituyen una estrategia de gestión que olvida la finalidad primera de la labor penitenciaria y las consecuencias humanas tan intensas y relevantes que con ello se provoca. Máxime si ya se cuenta con el impulso y la interpretación más posibilista de la jurisdicción de vigilancia¹⁰⁰.

2. EL TRATAMIENTO COMO PIEZA CLAVE DEL SISTEMA: DEL PARADIGMA CLÍNICO AL SOCIAL

Tanto la constitucionalización de la prevención especial del artículo 25.2 CE, como los principios de sometimiento del régimen al tratamiento –art. 71 LOGP, 73 RP– y de flexibilidad en la clasificación –arts. 72.3 y 4 LOGP, art. 104.3 RP, art. 100.2 RP–, se pliegan a la primacía del tratamiento en tanto que eje fundamental sobre el que se articula el sistema de cumplimiento. Es decir, la finalidad y la estructura de nuestro sistema erigen el tratamiento como contenido básico de la ejecución de la condena. Como señalan Tamarit Sumalla y García Albero, «la LOGP convierte el tratamiento en la teórica columna vertebral de la ejecución de la pena privativa de libertad»¹⁰¹. Para García Valdés, «la regulación del tratamiento penitenciario representa uno de los mayores logros y aciertos de la LOGP»¹⁰², pues va más allá que los ordenamientos de nuestro entorno al otorgarle sustantividad propia al margen del régimen penitenciario.

De acuerdo con el artículo 59.1 LOGP, el tratamiento consiste en «el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados». Según Alarcón Bravo, quien ha elaborado la definición de tratamiento más extendida y aceptada, supone «una ayuda, basada en las ciencias de la conducta, 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 le hayan podido provocar o facilitar la delincuencia»¹⁰³. En definitiva, bajo este concepto, el sistema pone en marcha

¹⁰⁰ SOLAR CALVO, P., «El principio de flexibilidad en el medio penitenciario. Por una aplicación posibilista», *Diario La Ley*, n.º 8912, Sección Tribuna, 01.02.17, pp. 4-5. De manera resumida, «Por una interpretación posibilista del principio de flexibilidad en el medio penitenciario», *Legal Today*, 27.01.17.

¹⁰¹ TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, p. 254.

¹⁰² GARCÍA VALDÉS, C., 1987, p. 143.

¹⁰³ ALARCÓN BRAVO, J., «El Tratamiento Penitenciario en España», *EPyC*, n.º 2, 1978., p. 21. De manera más descriptiva, COLMENERO GARCÍA, M. D., «El tratamiento penitenciario: límites y presupues-

la batería de técnicas, programas y medidas necesarias para modificar la conducta de los internos trabajando sobre los factores que podrían haber influido en su etiología delictiva¹⁰⁴.

Como expone Bueno Arús, la introducción del término en nuestro ordenamiento es paulatina y tiene dos claros hitos previos a la propia LOGP. El primero se produce con la promulgación del Decreto 162/1968, de 25 de enero, que modifica una serie de artículos del Reglamento de 2 de febrero de 1956, para, según su exposición de motivos, «mejorarlo en su aspecto técnico, de modo que recoja las nuevas soluciones que la Ciencia penitenciaria ofrece, aplicando métodos nuevos a los complejos problemas de reeducación y reinserción social de los delincuentes». El segundo, se refiere a la creación del Cuerpo Técnico de Instituciones Penitenciarias en 1970, compuesto por los técnicos penitenciarios de los que va a depender entre otras funciones todo lo que se refiere a la observación, clasificación y tratamiento de los internos¹⁰⁵.

A su vez, el contenido del tratamiento ha experimentado una importante evolución. La excesiva sonoridad de la denominación de nuestro sistema penitenciario como *sistema de individualización científica* no sólo da idea de la importancia que el tratamiento adquiere dentro del mismo, sino también de la época en la que surge. La psicología clínica tuvo su auge en la primera mitad del siglo xx, centrándose en el estudio de la enfermedad mental y la aptitud psicológica del individuo objeto de estudio. En los años setenta, momento en que se redacta la LOGP y producto de esas investigaciones que en materia conductual se venían desarrollando, se consideraba que la intervención clínica era la importante en la corrección de la conducta criminal, pues sus causas últimas se encontraban prioritariamente en el propio sujeto infractor y sus características. En este contexto, el tratamiento consiste en «introducir la Crimi-

tos», *Revista jurídica de la Región de Murcia*, n.º 22, 1996, pp. 11-26, define el tratamiento como «el conjunto de medidas aplicadas individualmente sobre el penado, aceptadas voluntariamente por éste, que sin vulnerar los derechos no restringidos por la condena, pretende lograr la reeducación y resocialización del preso».

¹⁰⁴ Profundizan en este concepto, ALARCÓN BRAVO, J., *EPyC*, 1978, pp. 13-42; COLMENERO GARCÍA, M. D., *Revista jurídica de la Región de Murcia*, 1996, pp. 11-26; ZARAGOZA HUERTA, J., «El tratamiento penitenciario. Su aplicación», *Letras jurídicas*, n.º 3, 2006. De forma amplia, MONTERO HERNANZ, T., «El tratamiento penitenciario», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R., 2015, pp. 179-209; TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, pp. 253-286, donde además de abordar contenido, fines y principios del tratamiento, relacionan su puesta en práctica con la clasificación penitenciaria y cada uno de los regímenes penitenciarios; CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 240 y ss., quien analiza el concepto de tratamiento, su estructura conforme al RP y realiza un interesante análisis de aspectos prácticos que lo dificultan y necesitan de mejora. Por su parte, FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, pp. 699 y ss., realizan un profundo análisis tanto del concepto como de su contenido normativo. Finalmente, destaca el estudio de ANDRÉS LASO, A., 2016, pp. 145-163.

¹⁰⁵ BUENO ARÚS, F., *REP*, 2006, pp. 16-17.

nología –fundamentalmente, la Psicología y la Psiquiatría criminales– en el Derecho penal y penitenciario, dar ejemplo de la importancia que tienen los métodos interdisciplinarios para influir o guiar la peripecia biográfica de los hombres, llevar un régimen de vida que conduzca sensible o insensiblemente a un cambio definitivo socialmente aceptable y que se trace y dirija con arreglo a criterios científicos –me refiero, una vez más, a las Ciencias del Hombre o de la Conducta– mediante un plan científicamente organizado y con el consentimiento y el apoyo del interesado»¹⁰⁶. De modo que el delincuente es considerado un enfermo grave al que ha de aplicarse un tratamiento científicamente dirigido.

El enfoque social, algo posterior, trató de mostrar la influencia que las demás personas y los ambientes ejercen sobre el individuo estudiado y de destacar su relevancia, lo que influyó decisivamente en el Reglamento Penitenciario de 1996, como se percibe ya en su propio Preámbulo. Así:

«El nuevo Reglamento Penitenciario incorpora a su texto 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. Por ello, el Reglamento opta por una concepción amplia del tratamiento, que no sólo incluye las actividades terapéutico-asistenciales, sino también las actividades formativas, educativas, laborales, socioculturales, recreativas y deportivas, concibiendo la reinserción del interno como un proceso de formación integral de su personalidad, dotándole de instrumentos eficientes para su propia emancipación»¹⁰⁷.

¹⁰⁶ BUENO ARÚS, F., *REP*, 2006, pp. 18 y 19. El mismo autor aborda las dificultades para legitimar la aplicación de algunos de sus métodos, «La legitimidad jurídica de los métodos de la Criminología Clínica aplicada al tratamiento penitenciario», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Madrid, n.º 1215, 15 septiembre 1980, pp. 3 y ss. Igualmente, destaca «¿Tratamiento?», *Eguxkilore*, n.º extraordinario 2, octubre 1989, pp. 89 y ss.; junto con RODRÍGUEZ SUÁREZ, J. *Apuntes de sistemas y tratamientos penitenciarios*, Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid, 1974. Abordan la problemática del concepto, GARCÍA VALDÉS, C., «Reflexiones sobre el tratamiento penitenciario», *Arbor*, n.º 364, abril 1976, pp. 99 y ss.; CABALLERO ROMERO, J. J., «Dos modelos de prisión: la prisión punitivo-custodial y la prisión de tratamiento», *REP*, n.º 224-227, 1979, pp. 45 y ss. y «La prisión orientada hacia el tratamiento: algunos de sus problemas», *CPC*, n.º 29, 1986, pp. 451 y ss.; ALARCÓN BRAVO, J., «El tratamiento penitenciario en el primer decenio de la LOGP», *REP*, n.º extra 1, 1989, pp. 11 y ss.; CLEMEN-TE DÍAZ, M.: *Fundamentos de la Psicología jurídica*, Ediciones Pirámide, Madrid, 1995.

¹⁰⁷ Partidario de la ampliación del concepto, GARRIDO GENOVÉS, V. «El fracaso de la rehabilitación: un diagnóstico prematuro», *Revista de Psicología General y Aplicada*, n.º 178, 1982/5, pp. 905 y ss.; «El tratamiento penitenciario en la encrucijada», *REP*, n.º 236, 1986, pp. 21 y ss., y 237, 1987, pp. 119 y ss.; *Técnicas de tratamiento para delincuentes*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993. Con REDONDO ILLESCAS, S., ANGUERA Y ARGILAGA, «El ideal de la rehabilitación y la intervención en las prisiones», *Delincuencia*, n.º 3/3, 1991, pp. 193 y ss.

Desde esta perspectiva se entiende que los artículos de la LOGP dedicados al tratamiento utilicen términos propios de la psicología clínica, mientras que el RP prescinde de ellos y se limita a otros criterios de valoración de corte socio-cultural. Así, si el artículo 62 a) LOGP determina como principios del tratamiento, entre otros: «...el estudio científico de la constitución, el temperamento, el carácter, las aptitudes y las actitudes del sujeto a tratar, así como su sistema dinámico-motivacional y el aspecto evolutivo de su personalidad, conducente a un enjuiciamiento global de la misma,...», el artículo 102.2 RP se limita a enumerar la personalidad de los internos como un elemento más a tener en cuenta en su clasificación, pero no como el más determinante de la misma. En concreto:

«Para determinar la clasificación inicial, las Juntas de Tratamiento ponderarán la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, la duración de las penas, el medio social al que retorne el recluso y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento».

Igual de significativo es el artículo 110 RP que define los elementos del tratamiento, considera los programas de carácter psicosocial o de corte clínico como un elemento más de las actividades tratamentales a desarrollar. Conforme al mismo:

«Para la consecución de la finalidad resocializadora de la pena privativa de libertad, la Administración Penitenciaria:

- a) Diseñará programas formativos orientados a desarrollar las aptitudes de los internos, enriquecer sus conocimientos, mejorar sus capacidades técnicas o profesionales y compensar sus carencias.
- b) Utilizará los programas y las técnicas de carácter psicosocial que vayan orientadas a mejorar las capacidades de los internos y a abordar aquellas problemáticas específicas que puedan haber influido en su comportamiento delictivo anterior.
- c) Potenciará y facilitará los contactos del interno con el exterior contando, siempre que sea posible, con los recursos de la comunidad como instrumentos fundamentales en las tareas de reinserción»¹⁰⁸.

¹⁰⁸ La Doctrina ha tratado de unificar ambas perspectivas en una enumeración amplia de los principios del tratamiento. Así, LÓPEZ MELERO, M., *ADPCP*, 2014, pp. 337-345, ofrece la siguiente: Principio de objetividad en la personalidad del preso, diagnóstico de la personalidad criminal, principio de individualidad en el tratamiento, principio de integración de métodos, principio de programación, principio de dinamicidad y continuidad, principio de voluntariedad.

En esta línea, el Título III de la LOGP dedicado al tratamiento incide en los criterios clínicos que determinan la clasificación de grado del interno según la evolución tratamental que en él se observe. Es decir, se tratan aspectos procedimentales de la clasificación de grado y ésta aparece muy vinculada a la valoración que se realice conforme a los parámetros clínicos que el artículo 62 LOGP enumera. Por el contrario, el RP toma otra perspectiva. Mientras el Título IV del RP desarrolla el procedimiento de clasificación¹⁰⁹, el Título V se destina íntegramente a concretar las actividades que se consideran tratamiento, que aparecen divididas en tres bloques correspondientes con cada uno de sus capítulos: programas de tratamiento específicos; formación, cultura y deporte; y actividad laboral, sea ésta productiva y remunerada o meramente ocupacional¹¹⁰. Como vemos, el RP amplía el contenido del tratamiento y el componente clínico pasa a ocupar un lugar secundario. Se presta mayor atención a lo que se hace con los internos en prisión que a las características concretas que estos presentan, haciendo que la vinculación del régimen al tratamiento, la actuación del primero al servicio del segundo, cobre aún mayor sentido que en la LOGP, pues desarrolla lo que ésta enuncia en su artículo 71 hasta sus últimas consecuencias.

En definitiva, el tratamiento incide en la etiología delictiva desde su visión más clínica, pero gracias al RP, incluye la intervención más social, aunando formación y contactos con el exterior con las técnicas de intervención centradas en la personalidad del propio interno¹¹¹. El resultado de todo ello es

¹⁰⁹ ARANDA CARBONEL, M. J., *REP*, 2006, pp. 40-44, ofrece una exhaustiva y completa exposición de la actividad administrativa en que se traduce el procedimiento de clasificación de los internos con datos sobre su evolución entre los años 1982-2006. Igualmente, CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 200-202. Profundizan en la materia, MAPELLI CAFFARENA, B., «La clasificación de los internos», *REP*, n.º 236, 1986, pp. 99-126; ALARCÓN BRAVO, J., «La clasificación penitenciaria de los internos», *PJ*, n.º especial III, 1988; LEGANÉS GÓMEZ, S., *Clasificación penitenciaria, permisos de salida y extranjeros en prisión*, Dykinson, Madrid, 2009; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, pp. 619-634.

¹¹⁰ Sobre la evolución descrita y el contenido concreto de cada una de estas áreas del tratamiento, SOLAR CALVO, P., «Tratamiento penitenciario: Aciertos y desaciertos de su concreción normativa», *Diario la Ley*, n.º 8818, Sección Doctrina, 07.09.16; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, pp. 699-704. Así mismo, destaca el estudio realizado por SORDI STOCK, B., *Análisis político criminal de los programas de rehabilitación para los agresores de violencia de género*, Tesis dirigida por MAPELLI CAFFARENA, B., Universidad de Sevilla, 2014, pp. 234-247, en donde se analiza el marco jurídico general de los programas de tratamiento, la evolución que su concepto ha experimentado y la implantación de una mayor «cultura tratamental» desde el año 2005 bajo el mandato como Secretaría General de Mercedes Gallizo Llamas. Desde una perspectiva más crítica, expone su evolución y contenido, CUTIÑO RAYA, S., «Algunos datos sobre la realidad del tratamiento en las prisiones españolas», *RECPC*, n.º 17-11, 2015, pp. 1-41. Dentro de esta línea crítica, RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, pp. 120-123.

¹¹¹ ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V., 2006, p. 253, distinguen entre éstas las técnicas dirigidas a mejorar la aptitud social (habilidades sociales), aquellas destinadas a controlar eventuales psicopatologías (incluidas las drogodependencias) y las que se centran en el control de la conducta agresiva.

positivo, pues el tratamiento así definido permite que se trabaje en un contexto amplio que suma no sólo diferentes perspectivas, sino también las herramientas concretas en las que éstas se manifiestan. Con ello, se fomenta una mayor y mejor individualización de la intervención según las necesidades concretas que los internos presentan y permite ir más allá de la intervención clínica. De acuerdo con esta perspectiva, al hilo del fallido Anteproyecto de Reforma de LOGP de 2005, los JJVP se expresaban en los siguientes términos:

«Expresar nuestra satisfacción por el propósito del Ministerio del Interior de regular en la LOGP el tratamiento penitenciario en términos similares a los expresados en las Reglas penitenciarias europeas y en el Reglamento Penitenciario de 1996, a saber, no circunscribiéndolo a un modelo clínico o terapéutico-social, sino interpretándolo en un sentido amplio, que permita la intervención de las técnicas propias de las ciencias de la conducta, pero que comprenda también todas aquellas actuaciones susceptibles de asegurar unas condiciones de vida dignas, minimizar los efectos nocivos del internamiento, potenciar los contactos con el medio exterior, asegurar una oferta de actividades a los internos tendentes a potenciar sus conocimientos y compensar sus defectos de socialización personales»¹¹².

Sin embargo, a pesar de que la postura mayoritaria es la expuesta, también se han vertido críticas a la ampliación del concepto de tratamiento. Herrero Herrero, partidario de una intervención clínica completa y profunda, apunta que «no es recomendable llevar a cabo intervenciones parciales sobre el individuo –aquí, el delincuente– para tratar de alejarle de su delinquir, si las mismas fragmentan la unidad inescindible de la personalidad de aquél», pues «no basta con potenciar y dinamizar aptitudes si no se acompaña del proceso de cambio en las actitudes predisponentes al delito». Es más, el simple desarrollo de habilidades cognitivas en el delincuente puede desembocar en lo contrario de lo que se pretende, de manera que la capacidad de adaptabilidad social aprendida sirva para enmascarar nuevos y más sofisticados delitos¹¹³.

De modo más sutil y al margen de posturas de máximos, penitenciaristas conformes con la evolución conceptual expuesta, apuntan algunas consecuencias de la misma no tan benévolas como en principio parecen. A nuestro juicio, resulta altamente esclarecedora la postura de Bueno Arús al respecto. Para el autor, conforme al nuevo concepto de tratamiento:

¹¹² Criterio 115 bis, VV. AA., *Criterios de actuación (...)*, 2009, p. 44.

¹¹³ HERRERO HERRERO, C., «Derecho penitenciario recuperador y criminología clínica, demanda lógica del Estado Social y Democrático de Derecho», *REP*, n.º extra, *in memoriam* Profesor Francisco Bueno Arús, 2013, p. 48. La frase entrecomillada del inicio la realiza el autor y pertenece a QUIRION, B., «Traiter les délinquants ou contrôler les conduites: le dispositif thérapeutique à l'ère de la nouvelle pénologie», en *Criminologie*, vol. 39, 2, 2006, p. 8.

«Cualquier cosa es tratamiento si ayuda a los fines de la pena. Y, si no hacen falta expertos de preparación científica para estas actividades más simples, sino solamente «mano izquierda» o capacidad de entendimiento con buena fe, cordialidad y solidaridad, los problemas tradicionales sobre dificultades y obstáculos, a los que aludí antes, vinculados a los medios económicos y el personal científicamente preparados, se van a caer o reducir consecuentemente. En cierto modo, estamos repitiendo la paradoja de Mahoma y la Montaña –dicho sea en broma-: si no hay medios para organizar respecto de todo recluso un tratamiento científico, descientificemos el tratamiento, declaremos que en todo caso los derechos humanos de los internos quedan garantizados, afirmemos la importancia de un trato humano y sonriente, y sigamos adelante tan ilusionados»¹¹⁴.

Y es que, si bien es cierto que la apertura del concepto permite una mayor adaptación a las necesidades de cada interno y evita su etiquetación generalizada como enfermos¹¹⁵, también lo es que su contenido tratamental se diluye hasta el punto de que «todo es tratamiento» –incluso el mero seguimiento de las normas regimentales– y se pone el manos de la Administración un argumento más para no invertir en los recursos –humanos y materiales– que puedan ser necesarios¹¹⁶. Volveremos a ello en el siguiente capítulo.

3. TRAYECTORIA DE REINserCIÓN: ALGUNOS DATOS DE INTERÉS

Finalmente, cualquier sistema que gestione riesgos, ha de contar con su existencia y preverlos normativamente. En lo que nos interesa, para cada una de las instituciones que conforman la trayectoria de reinserción del interno –permisos, tercer grado y libertad condicional–, el sistema de cumplimiento se previene frente a su mal uso por parte de los internos. Esto es, el fracaso tratamental se acepta como posible y sus consecuencias están previstas.

Tomando los permisos como referencia, pues suponen la manera más común de retorno paulatino de los internos al medio social, el artículo 157 RP determina que:

¹¹⁴ BUENO ARÚS, F., *REP*, 2006, p. 28.

¹¹⁵ MONTERO HERNANZ, T., «El tratamiento penitenciario», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R., 2015, pp. 185-190, refiere las limitaciones que supone partir de la identificación clínica entre condenado-enfermo, pues en ocasiones, no es la personalidad del delincuente lo que está tras la causa del delito, siendo otros los principales condicionantes de la conducta ilegal desarrollada.

¹¹⁶ Destaca el estudio que realiza CUTIÑO RAYA, S., *RECPC*, 2015, pp. 5-6, donde analiza la baja ratio por interno de profesionales y medios eminentemente tratamentales y la pobre implementación que alcanzan los programas de tratamiento de contenido verdaderamente terapéutico.

«1. Cuando antes de iniciarse el disfrute de un permiso ordinario o extraordinario, se produzcan hechos que modifiquen las circunstancias que propiciaron su concesión, la Dirección podrá suspender con carácter provisional el permiso, poniéndose en conocimiento de la Autoridad administrativa o judicial competente la suspensión para que resuelva lo que proceda.

2. Si el interno aprovechase el disfrute de cualquier clase de permiso para fugarse o cometiese un nuevo delito durante el mismo, quedará sin efecto el permiso concedido, sin perjuicio de las consecuencias que se puedan derivar de su conducta en el orden penal y penitenciario y de que dichas circunstancias deban valorarse negativamente por el Equipo Técnico para la concesión de futuros permisos ordinarios»¹¹⁷.

Pero esta previsión no ha de empañar los éxitos del sistema a tenor de los datos que lo avalan¹¹⁸. Si atendemos al número de permisos disfrutados en 2013 y las incidencias acaecidas durante los mismos, en ese año se produjeron un total de 115.752 salidas de permiso, entre permisos ordinarios y extraordinarios. Salidas que disfrutadas por un total 27.070 internos, sólo dieron lugar a 586 no reingresos. Es decir, el índice de fracaso total asciende al 0,51%¹¹⁹.

2013	Permisos	Beneficiarios	No reingresos	Índice de N.R.
Extraordinarios . .	4.601	2.665	7	0,15
Ordinarios	111.151	25.488	579	0,52
Totales	115.752	27.070	586	0,51

Índice que mejora en 2014, en que el riesgo consumado es todavía menor¹²⁰.

¹¹⁷ Aunque el texto reglamentario pueda resultar obvio, se agradece la previsión introducida, pues evita reclamaciones exigiendo el disfrute de los días de permiso concedidos y autorizados que restasen hasta la finalización del permiso del que ha hecho mal uso. No obstante, el segundo apartado nos recuerda la vinculación de los permisos al ámbito disciplinario y las consecuencias que al respecto tenía el no regreso tras disfrute de un permiso. Esas «consecuencias que se puedan derivar de su conducta en el orden penal y penitenciario» se refieren justamente a la suma de comisión de delito e infracción en que dicha actuación resulta. *Vid.* ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V., 2006, p. 290.

¹¹⁸ El resultado del análisis que se realiza coincide con el que arroja el reciente estudio publicado por LARRAURI, E., ROVIRA, M., ALARCÓN, P., «La concesión de permisos penitenciarios», *RECPC*, n.º 20-02, 2018, pp. 9 y 13.

¹¹⁹ Informe General 2013, S.G. II.PP., 2014, p. 33.

¹²⁰ Informe General 2014, SG. II.PP., 2015, p. 33.

2014	Permisos	Beneficiarios	No reingresos	Índice de N.R.
Extraordinarios. . .	4.890	2.934	7	0,14
Ordinarios	110.292	25.487	498	0,45
Totales	115.182	27.244	505	0,44

Esta tendencia se consolidó en el año siguiente ¹²¹.

2015	Permisos	Beneficiarios	No reingresos	Índice de N.R.
Extraordinarios. . .	4.871	3.010	2	0,04
Ordinarios	112.826	25.361	418	0,37
Totales	117.697	27.120	420	0,36

Finalmente, los últimos datos estadísticos publicados apuntan a un ligero aumento del índice de quebrantamiento correspondiente al año 2016, situándolo en 0,41% ¹²². Sin embargo, se trata de un aumento poco significativo que mantiene la tasa de no reingreso por debajo de los datos registrados en 2013 y 2014.

Se trata de datos que sorprenden y tienen consecuencias en dos direcciones. De un lado, implican un éxito del sistema penitenciario –amplio número de permisos disfrutados y bajo número de fracasos– que minimiza las críticas que arrecian contra nuestro modo de ejecución penitenciaria en caso de producirse un fracaso ligado a una salida. Su significación, aun pudiendo tener resultados graves como la comisión de nuevo delito, no debe de valorarse de manera aislada. Como refiere De Vicente Martínez:

«Sin lugar a dudas los permisos de salida comportan una serie de riesgos e inconvenientes, entre los que destacan como más negativos y espectaculares, la comisión de un nuevo delito durante el disfrute del permiso y el no reingreso al centro penitenciario una vez finalizado el mismo. La alarma social creada principalmente por los medios de comunicación en torno a esta institución, es una alarma totalmente infundada y que sólo confunde a la opinión pública que acaba pidiendo la eliminación de los permisos de salida de nuestra legislación penitenciaria, sin tener en cuenta que la cifra de fracasos, que nadie oculta que la hay, se halla a niveles más que razonables, siendo el porcentaje de internos que delin-

¹²¹ Informe General 2015, SG. II.PP., 2016, p. 33.

¹²² Informe General 2016, SG. II.PP., 2017, p. 34.

quen dura el permiso o se fugan insignificante. Los permisos de salida deben mantenerse en nuestra legislación penitenciaria pues la trascendencia e importancia que para el tratamiento tiene el sistema de permisos y las ventajas que aportan siguen superando a los inconvenientes»¹²³.

De otro lado, los datos aportados plantean una cuestión de base que sustenta este trabajo. Si el problema de nuestro sistema de ejecución no está en la consumación de los riesgos que su trayectoria de reinserción conlleva, son dos las realidades que, dándose habitualmente por positivas, quizá no lo sean tanto.

En primer lugar, la relativa a los problemas de nuestro sistema penitenciario. A pesar de los datos, son los instrumentos de reinserción y sus fracasos los que concentran el foco de atención al respecto. Con ello, se olvidan otras limitaciones internas, auténticos obstáculos en el logro de la finalidad del artículo 25.2 CE, mucho más sutiles y complejas en su detección y corrección¹²⁴.

En segundo término, la referente a las modificaciones normativas del orden penal y la valoración penitenciaria que merecen. Éstas, poniendo el foco en esos fracasos del sistema numéricamente puntuales, desatienden los verdaderos problemas del mismo, afectándolo, sin embargo, enormemente.

¹²³ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., «Relaciones del interno con el mundo exterior», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R., 2015, pp. 254-255.

¹²⁴ Los datos aportados avalan la gestión de penitenciaria de la trayectoria de reinserción pero no son útiles de cara a demostrar científicamente ni los resultados preventivo especiales, ni mucho menos los preventivo generales de la ejecución de la pena de prisión conforme a nuestro sistema. La determinación de estos es mucho más compleja, si no imposible, tal y como expone MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, pp. 68-72.

CAPÍTULO III

PROBLEMAS SISTEMÁTICOS DE URGENTE SOLUCIÓN

1. REALIDAD DE LA EJECUCIÓN PENITENCIARIA: DEJANDO EL MUNDO DE LAS IDEAS PARA ANALIZAR SU PUESTA EN PRÁCTICA

Teniendo en cuenta lo expuesto hasta el momento, podríamos concluir que, en el mundo de las ideas, tenemos el mejor de los sistemas penitenciarios posibles: elaborado en base a las mejoras que la evolución y humanización de la pena le ha procurado –aspectos expuestos en el Capítulo I–, actúa bajo el mandato de unos principios rectores flexibles, orientados a la reinserción del condenado, y cuenta con un contenido tratamental amplio que permite poner en práctica su *leit motiv*: la individualización del cumplimiento –aspectos analizados en el Capítulo II–.

En resumen, un sistema que aún y supera los puntos más sobresalientes y evolucionados de cada uno de sus predecesores; que sitúa a los penados en un contexto de cumplimiento lo más parecido en ambiente y recursos al medio social al que han de regresar; y que, al superar las limitaciones de los sistemas progresivos, aboga por un mantenimiento del tiempo efectivo de privación de libertad que no vaya más allá de lo tratamente necesario para procurar ese regreso. Pero además, y a tenor de los datos antes expuestos, se trata de un sistema que funciona en sus parámetros básicos, pues contempla el fracaso tratamental pero hace que éste sea estadísticamente mínimo.

Sin embargo, si dejamos el mundo de las ideas y pasamos a analizar su puesta en práctica, no podemos menos que abordar lo que ya admitimos anteriormente, la existencia de fallos sistemáticos que dificultan enormemente el

cumplimiento del mandato constitucional del artículo 25 CE sobre la necesaria reinserción de los condenados a pena privativa de libertad. De un lado, el sistema adolece de fallos estructurales que, en la práctica, producen el efecto contrario al que el sistema en su conjunto pretende. De otro lado, concurren prácticas profesionales provocadas por esa estructura del sistema que hacen forzoso cuestionarse la bondad de algunos de sus lugares comunes.

Veamos con detenimiento los controvertidos aspectos a los que nos referimos y las importantes y a la vez sutiles implicaciones que de todo ello derivan.

2. LIMITACIONES AL ARTÍCULO 71 LOGP (ART. 73 RP): SE IMPONE LA REALIDAD

La idea del sometimiento del régimen al tratamiento y su contribución a éste a través de la generación del ambiente adecuado para el mismo, se extiende normativamente en relación a todos los regímenes penitenciarios –cerrado, ordinario y abierto–¹²⁵.

Comenzando por el régimen ordinario¹²⁶, el artículo 76 RP, en un sentido idéntico al del artículo 73 RP pero aplicado en concreto al régimen que nos ocupa, expone con precisión la relación entre régimen y tratamiento¹²⁷. De hecho, el artículo 76.3 RP determina que «el trabajo y la formación tendrán la consideración de actividad básica en la vida del Centro», esto es, declara dos de los elementos fundamentales del tratamiento como actividad básica del interno en segundo grado.

¹²⁵ Analizan el concepto y los diferentes tipos de regímenes penitenciarios, TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, pp. 270-279; BARAS GONZÁLEZ, M., «El régimen penitenciario», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R., 2015, pp. 125-148; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, pp. 573-599. Igualmente, aunque ligado en su exposición a los diferentes tipos de establecimientos en el sentido normativo originario, CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 218-239. Por su parte, ARANDA CARBONEL, M. J., *REP*, 2006, pp. 45 y ss. realiza un exhaustivo análisis sobre su contenido y datos asociados a su aplicación desde los años 90.

¹²⁶ Pues se trata del régimen más generalizado en la mayor parte de nuestros centros penitenciarios. Conforme a la estadística penitenciaria, a fecha 30 de octubre de 2016, los internos en segundo grado suponían 38.533 sobre el total de 50.910 penados. Además, actúa como punto de referencia estructural de los otros dos, bien por suponer el paso previo a la progresión al tercer grado, bien porque los incidentes protagonizados por los internos en segundo grado son los que principalmente motivan las regresiones al primero. Regulado en el artículo 102.3 RP, en tanto que grado de clasificación, y los artículos 76-79 RP, en tanto que régimen normativo, se aplica a aquellos internos en que concurren las capacidades necesarias para la convivencia ordenada en grupos humanos amplios, pero sin capacidad aún para vivir en semilibertad.

¹²⁷ «En los Establecimientos de régimen ordinario los principios de seguridad, orden y disciplina tendrán su razón de ser y su límite en el logro de una convivencia ordenada».

Como normativa y modo de vida, el régimen ordinario se concreta en el respeto de los horarios básicos de recuento, vinculados a las comidas y periodos de descanso, y los horarios de realización de actividades comunes, que conforme a los parámetros generales que el RP determina, se detallan en las normas de régimen interior aprobadas por el Consejo de Dirección de cada centro penitenciario. Así, el horario habrá de garantizar un descanso nocturno de ocho horas, además de dos horas para atender asuntos propios de los internos, el tiempo suficiente para asistir a actividades culturales y terapéuticas, y para las comunicaciones con el exterior (art. 77 RP). A su vez, se deberá dejar un tiempo suficiente a los internos para la realización de las prestaciones personales a las que vienen obligados por el artículo 78 RP, principalmente, el mantenimiento de la limpieza y la higiene en las dependencias que utilicen ¹²⁸.

La siguiente tabla sirve de ejemplo orientativo al respecto.

7:30	La señal acústica marca el inicio de la jornada.
8:00	Realización del primer recuento.
8:30	Desayuno de los internos en el comedor común.
9:00	Apertura de todos los servicios (cafetería, economato) e inicio de las prestaciones administrativas (asistencia sanitaria y treatmental) y del trabajo y actividades de los internos.
13:30	Comida de los internos en el comedor común.
14:30	Segundo recuento previo al tiempo de descanso de los internos en su celda.
16:30	Reinicio de las actividades.
19:30	Fin de las actividades y cena.
21:00	Fin de la jornada, subida a celda y último recuento.
00:00	Apagado de luces.

Por su parte, en el régimen abierto el principio de subordinación del régimen al tratamiento se cumple aún de manera más plena ¹²⁹. En primer lugar, la elaboración de las normas de régimen interior corresponde a las Juntas de Tratamiento (art. 84.1 RP). Pero más allá de lo anterior, el tercer grado admite tantas modalidades regimentales como sean necesarias para la adaptación a las necesidades treatmentales de quienes cumplen condena. En este sentido, según el artículo 84.2 RP:

¹²⁸ LEGANÉS GÓMEZ, S., 2005, p. 100.

¹²⁹ Sobre su evolución y las posibilidades que permite, *vid.* MATA Y MARTÍN, R. M., «Clasificación penitenciaria y Régimen Abierto», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R., 2015, pp. 154-171; SOLAR CALVO, P., «Tercer grado penitenciario: buscando la definitiva integración social del condenado», *Diario La Ley*, n.º 8794, Sección Doctrina, 01.07.16.

«En los Establecimientos de régimen abierto se podrán establecer, a propuesta de la Junta de Tratamiento, distintas modalidades en el sistema de vida de los internos, según las características de éstos, 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 a sus carencias».

No obstante, con afán de lograr una práctica diaria menos discrecional y más pautada, el RP distingue, de menos a más en cuanto a cuotas de libertad, el régimen abierto restringido (art. 82 RP)¹³⁰, el pleno (art. 83 RP) y el régimen propio que aplica medios telemáticos del artículo 86.4 RP y que exige a los internos de la obligación de permanencia de ocho horas en el centro penitenciario¹³¹.

Modalidades específicas a las que se suman lo que el Título VII del RP denomina Formas Especiales de Ejecución, pues al cumplimiento ordinario

¹³⁰ Destinado principalmente a los internos sin actividad laboral exterior, respecto de los que no se justifica una estancia diaria fuera del establecimiento, destaca por controvertido su apartado 2. De acuerdo con el mismo: «A los efectos del apartado anterior, 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 correspondientes, que va a desempeñar efectivamente las labores de trabajo doméstico en su domicilio familiar, se considerarán estas labores como trabajo en el exterior». A pesar de felicitarnos de que se contemple el trabajo doméstico como actividad laboral a valorar en el acceso al régimen abierto, lo cierto es que tal posibilidad debiera de hacerse extensiva a todos los internos en un centro penitenciario, hombres o mujeres, que se encontrasen en la situación que el precepto contempla. En idéntico sentido, ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V., 2006, p.191, se muestran muy críticos con esta previsión por la limitación que su redacción actual entraña y la necesidad de reinterpretación que requiere.

¹³¹ Según su literal: «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 acepto 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». MARULANDA ESCOBAR, J. G., «Los monitores electrónicos ¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?», en CID MOLINÉ, J., LARRAURI PIJOAN, E. (Coords.), *Penas alternativas a la prisión*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 218, señala la posible lesión de los derechos de dignidad e intimidad. Aspectos que en la práctica se minimizan. Los medios telemáticos sólo se aplican si concurre voluntariedad por parte del interno y de los convivientes con el mismo que pudieran resultar afectados por la medida (Instrucción 13/2006, DG.II.PP., sobre aplicación de medios telemáticos, p. 6). En el mismo sentido, la lesión a la intimidad que implica la estancia en prisión en otras modalidades regimientales –reconocida en STC 89/1987, de 3 de junio – es sin duda mayor que la que conlleva la aplicación de medios telemáticos destinados a comprobar únicamente la efectiva estancia domiciliaria. Por su parte, MANZANARES SAMANIEGO, J. L. y PELLUZ ROBLES, J. L., «El tercer grado penitenciario», *Artículos doctrinales: Derecho Procesal Penal*, Julio, 1999, p. 4; así como RACIONERO CARMONA, F., 1999, p. 150 y ss. destacan el *vaciado penal* que en vía penitenciaria se produce con la aplicación de esta modalidad de cumplimiento. Desde nuestro punto de vista, siendo cierto que supone un tipo de cumplimiento que se aleja de lo que conlleva la estancia en prisión, dos son los aspectos que avalan esta modalidad de tercer grado. De un lado, implica el sometimiento a un control intenso aunque éste sea telemático y no presencial –las críticas antes expuestas así lo corroboran–. De otro, se alinea al máximo con la filosofía de base de nuestro sistema: permite no ir más allá de lo necesario en términos tanto de represión como de prevención penal y evita una prisionización innecesaria en pos de la reincorporación social tutelada lo más normalizada posible.

del tercer grado en un CIS¹³² se añade la posibilidad de su cumplimiento en Unidades Extrapenitenciarias (art. 182 RP), Unidades Dependientes (art. 165 RP) y, como modalidad de éstas, Unidades de madres (art. 178 RP)¹³³.

En definitiva, tanto la práctica diaria del régimen ordinario, como especialmente, las diferentes formas de cumplimiento que permite el régimen abierto, tienen como fin último permitir la individualización tratamental de los condenados. Sin embargo, y a pesar de que la norma no establece diferencias, esta relación de subordinación régimen-tratamiento queda muy limitada en relación con los internos clasificados en primer grado y los internos preventivos.

2.1 La difícil relación del régimen cerrado con el tratamiento

Como grado de clasificación excepcional, la norma penitenciaria contempla el primer grado, correlativo al régimen cerrado¹³⁴. Regulado en los artículos 89-95 RP, se aplica a aquellos internos que manifiestan bien incapacidad de convivencia en el régimen ordinario, bien peligrosidad extrema. Implica la mayor privación de libertad y aislamiento dentro de los diferentes modos de cumplimiento, y mayores o menores medidas de seguridad, según cuál sea la modalidad específica de régimen cerrado que se aplique. En concreto, de acuerdo con el artículo 91 RP:

«1. Dentro del régimen cerrado se establecen dos modalidades en el sistema de vida, según los internos sean destinados a Centros o módulos de régimen cerrado o a departamentos especiales.

¹³² El Título supone una mezcla un tanto peculiar de contenidos: formas realmente especiales de cumplimiento, como el cumplimiento en Departamentos Mixtos, Departamentos de Jóvenes y Departamentos o Unidades Psiquiátricas, con formas de cumplimiento del régimen abierto, algunas de ellas más o menos específicas, pero otras de carácter muy general, como lo es el cumplimiento en un CIS. Análisis su contenido, AGUILERA DELGADO, A., «Formas especiales de ejecución», *PJ*, n.º 41-42, 1996, pp. 153-184; CERVELLO DONDERIS, V., 2016, pp. 253-254; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, pp. 847-879.

¹³³ Como sucedía para el artículo 82.2 RP, LEGANÉS GÓMEZ S., 2005, p. 151, advierte que la posibilidad de cumplimiento de condena junto con los hijos menores se establece sólo respecto de las madres internas, sin que la norma prevea tal posibilidad para los hombres que tuvieran igualmente la patria potestad. Sobre la problemática que genera el cumplimiento de condena en compañía de hijos menores, VAN ZYL SMIT, D., SNACKEN, S., 2013, pp. 222-223 y 286-288; SOLAR CALVO, P., «Presencia de niños en centros penitenciarios: el cumplimiento vicario de la condena», *Legal Today*, 27.06.16.

¹³⁴ Muy interesante el análisis que sobre el primer grado y sus antecedentes realiza LEGANÉS GÓMEZ, S., 2005, pp. 77-100. Con mayor profundidad, ARRIBAS LÓPEZ, J.E., *El régimen cerrado en el sistema penitenciario español*, tesis doctoral dirigida por RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., UNED, 2009; Primer Accésit Premio Nacional Victoria Kent 2009, Ministerio del Interior, Madrid, 2010.

2. Serán destinados a Centros o módulos de régimen cerrado aquellos penados clasificados en primer grado que muestren una manifiesta inadaptación a los regímenes comunes.

3. Serán destinados a departamentos especiales aquellos penados clasificados en primer grado que hayan sido protagonistas o inductores de alteraciones regimentales muy graves, que hayan puesto en peligro la vida o integridad de los funcionarios, Autoridades, otros internos o personas ajenas a la Institución, tanto dentro como fuera de los Establecimientos y en las que se evidencie una peligrosidad extrema».

No obstante, dada la finalidad resocializadora de la actuación penitenciaria y las nefastas consecuencias que una estancia excesivamente prolongada en régimen cerrado acarrea desde ese punto de vista¹³⁵, la valoración en cuanto a la concurrencia de la inadaptación manifiesta y la peligrosidad extrema no es libre y se hace depender de la presencia o no de determinados factores a través de los cuales se trata de definir ambas variables¹³⁶ y limitar las posibilidades de clasificar a un interno en primer grado. En concreto, el artículo 102.5 RP enumera una serie de circunstancias pasadas con potencialidad lesiva, o presentes más desvinculadas de la actividad delictiva, que de pretender aplicarse el régimen cerrado a un interno, han de concurrir en mayor o menor medida en el mismo¹³⁷. Así:

¹³⁵ Al respecto, entre otros, RÍOS MARTÍN, J. C., CABRERA CABRERA, P. J., *Mirando al abismo: El régimen cerrado*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2002. Igualmente, RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, pp. 260-267.

¹³⁶ Como señala ARANDA CARBONEL, M. J., *REP*, 2006, p. 46, «los criterios de peligrosidad extrema o inadaptación manifiesta a los regímenes ordinario y abierto son conceptos difíciles de precisar». De entre ellos, doctrina y jurisprudencia coinciden mayoritariamente en la definición de lo que supone el factor de inadaptación manifiesta, vinculando la misma a la comisión reiterada de infracciones graves y muy graves de los artículos 108 y 109 RP de 1981, coincidente a su vez con lo que la letra e) del artículo 102.5 RP. En palabras de BUENO ARÚS, F., «Estudio preliminar», en GARCÍA VALDÉS, *La reforma penitenciaria española*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1981, p. 19, «debe ser consecuencia de una falta grave y continuada de colaboración con las normas de régimen propiamente dicho (infracciones disciplinarias repetidas, desobediencia permanente, incumplimiento de obligaciones laborales)». No sucede lo mismo con la peligrosidad extrema. Para MAPELLI CAFFARENA, B., «Los establecimientos de máxima seguridad en la legislación penitenciaria», *Eguzkilore*, n.º extraordinario, enero 1988, pp. 133 y ss., no es un acto, sino un estado y no es social, sino criminal. Por su parte, BUENO ARÚS, F., «Estudio preliminar», en GARCÍA VALDÉS, 1981, p. 19, opina que puede ser evaluada criminológica o penitenciarmente. Desde el punto de vista de LEGANÉS GÓMEZ, S., 2005, p. 78, se trata de un concepto jurídico de riesgo abstracto, basado en un pronóstico de futuro a partir de datos ocurridos en el pasado, como la gravedad del delito cometido y las circunstancias personales del autor, esto es, la *peligrosidad criminal*, o la gravedad de las conductas convivenciales dentro de la cárcel, es decir, la *peligrosidad para la convivencia en prisión*. Discusión que se mantiene por otros autores sin encontrar una postura que podamos considerar mayoritaria. Así, RODRÍGUEZ ALONSO, A., 2003, p. 177; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., 2001, p. 325.

¹³⁷ CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 205, critica que sea el RP el que regule esta materia. Como advierte: «los factores concretos a tener en cuenta para la clasificación en primer grado se encuentran en el artículo 102.5 RP, lugar inadecuado para una materia tan relacionada con los derechos fundamentales y que se refieren a datos objetivos, datos relacionados con la personalidad del interno y datos que se desprenden de la valoración que puedan hacer los equipos técnicos». De hecho, dadas las importantes restriccio-

«(...) se clasificarán en primer grado a los internos calificados de peligrosidad extrema o inadaptación manifiesta y grave a las normas generales de convivencia ordenada, ponderando la concurrencia de factores tales como:

- a) Naturaleza de los delitos cometidos a lo largo de su historial delictivo, que denote una personalidad agresiva, violenta y antisocial.
- b) Comisión de actos que atenten contra la vida o la integridad física de las personas, la libertad sexual o la propiedad, cometidos en modos o formas especialmente violentos.
- c) Pertenencia a organizaciones delictivas o bandas armadas, mientras no muestren, en ambos casos signos inequívocos de haberse sustraído de la disciplina interna de dichas organizaciones o bandas.
- d) Participación activa en motines, plantas, agresiones físicas, amenazas o coacciones.
- e) Comisión de infracciones disciplinarias calificadas de graves o muy graves de manera reiterada y sostenida en el tiempo.
- f) Introducción de armas de fuego en el Establecimiento Penitenciario, así como la tenencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en cantidad importante, que haga presumir su destino al tráfico».

A su vez, en el mismo sentido limitador, la concurrencia de estos factores no conlleva necesariamente la clasificación del interno en primer grado. Supone únicamente, la posibilidad de valorar el acierto de la aplicación del régimen cerrado. De hecho, no todos los miembros de organizaciones criminales no desvinculados de su disciplina interna resultan incluidos en este nivel de clasificación. Su relevancia dentro de la organización u otros motivos de política penitenciaria pueden ser más determinantes. Como apunta Cervello Donderis, la concurrencia de la peligrosidad ha de valorarse «teniendo en cuenta que la clasificación es parte del tratamiento, y por tanto no debe regirse por criterios de orden, régimen y disciplina, sino de reinserción social»¹³⁸.

Con la misma finalidad, desde el punto de vista procedimental, en lugar de los seis meses habituales del artículo 105.1 RP¹³⁹, el artículo 92.3 RP establece la obligación de revisar la situación penitenciaria de quien está en primer

nes regimentales que supone, el Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de la LOGP, entregado el 6 de junio de 2005, elevaba a rango legal estos aspectos ahora reglamentarios (art. 10.1 ARLP). Sin embargo, el texto quedó en mera propuesta. Texto disponible en BUENO ARÚS, F., *REP*, 2006, p. 2.

¹³⁸ CERVELLO DONDERIS, V., 2016, p. 204 quien se refiere al AJVP de Zaragoza de 03.09.10 que revoca la regresión a primer grado de un interno que en el transcurso de una pelea con otro utiliza un «pincho», al considerar que dichos hechos ya habían sido sancionados y que no revisten la gravedad suficiente para la regresión por el carácter excepcional del primer grado. En el mismo sentido limitador, LEGANÉS GÓMEZ, S., 2005, p. 79; ARRIBAS LÓPEZ, E., 2010, p. 108.

¹³⁹ Según su tenor literal: «Cada seis meses como máximo, los internos deberán ser estudiados individualmente para evaluar y reconsiderar, en su caso, todos los aspectos establecidos en el modelo individualizado de tratamiento al formular su propuesta de clasificación inicial».

grado cada tres meses. De acuerdo con el mismo, «la asignación de modalidad de vida se revisará en el plazo máximo de tres meses, se notificará al interno y se anotará en su expediente personal». Y a pesar de que se refiere a valorar cada tres meses la reasignación de modalidades de vida propias del régimen cerrado y no la propia clasificación en primer grado, lo cierto es que el estudio de los cambios de fase en primer grado se realiza en el contexto más global de una posible salida del propio régimen.

Finalmente, el RD 419/2011, de 25 de marzo, de modificación del RP, ha introducido el artículo 90.3 RP con la siguiente obligación tratamental:

«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»¹⁴⁰.

Esta obligación que tiene origen en el propio artículo 71 LOGP (art. 73 RP) y recuerda que la primacía del tratamiento sobre las medidas asegurativas, la necesidad de que éstas permitan el primero, también está vigente en el régimen cerrado.

Sin embargo, a pesar de estos intentos del sistema por restringir al máximo el número de internos en régimen cerrado, y orientar su aplicación al tratamiento de los mismos, lo cierto es que su misma existencia plantea una importante problemática. Como apuntan Tamarit Sumalla y García Albero, «las normas que regulan el ingreso de los presos en los establecimientos o departamentos de régimen cerrado reflejan las contradicciones internas de la actual legislación penitenciaria»¹⁴¹. Y es que, a pesar de lo inevitable de muchos de los supuestos en que se aplica, contraviene las bases propias de un sistema orientado al cumplimiento de la pena lo más normalizado posible desde el punto de vista personal y social¹⁴².

En este sentido, las medidas regimentales del primer grado tan sólo prevén tres o cuatro horas de patio diarias, dependiendo que el interno se encuentre ubicado en departamento especial o en un módulo de régimen cerrado al

¹⁴⁰ Para RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, p. 238, la disposición derogatoria única del RD 419/2011 supone la nulidad del artículo 96.3 RP que, para el régimen cerrado de internos preventivos, no prevé la planificación obligatoria de actividades.

¹⁴¹ TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, p. 270.

¹⁴² CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 223; RÍOS MARTÍN, J. C., 2002, p. 26; GALLEGO DÍAZ, M., CABRERA CABRERA, P.J., RÍOS MARTÍN, J. C., SEGOVIA BERNABÉ, J. L., *Andar 1 Km en línea recta. La cárcel del siglo XXI que vive el preso*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2010, p. 159; SOLAR CALVO, P., «Primer grado penitenciario: problemas y necesidades de mejora», *Legal Today*, 03.02.16. Concretamente, RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, p. 268: «El régimen del primer grado supone la renuncia más explícita y grosera posible de la orientación a la reinserción social y reeducación que impone la CE, que queda como una vacía declaración de principios burdamente violada».

uso (art. 93.1.1.^a RP y art. 94.1.^o RP, respectivamente), y su aplicación supone la realización de cacheos tanto a la entrada como a la salida de las celdas, la requisita diaria de estas últimas y, en general, mayores medidas de prevención y aislamiento¹⁴³. En definitiva, medidas que alejan el día a día de cumplimiento en régimen cerrado de dinámicas propias de la normalización social y que tienen una orientación prioritariamente asegurativa. La tensión entre estas previsiones y los artículos 71 LOGP (art. 73 RP) con la prevalencia del tratamiento que imponen es evidente.

La propia Instrucción 17/2011 sobre Protocolo de actuación y normas de régimen cerrado dice que el régimen cerrado se caracteriza por «una limitación de las actividades en común por la exigencia e intensidad de las medidas de orden y disciplina»¹⁴⁴. Pero es más, el RD 419/2011, cuando introduce el apartado 3 del artículo 90 RP antes referido, no supone más que un reconocimiento de las dificultades que conlleva desarrollar actividades tratamentales en régimen cerrado. De ahí la insistencia de la norma específicamente para el mismo, más allá de la previsión general del artículo 71 LOGP (art. 73 RP) que afecta a todos los regímenes de cumplimiento¹⁴⁵.

¹⁴³ La Instrucción 17/2011, SG.II.PP., sobre Protocolo de actuación y normas de régimen cerrado, pp. 4-6, destaca, entre otras, las siguientes: «Cuando los internos se encuentren en sus respectivas celdas –salvo en las horas de descanso nocturno–, éstos se colocarán en el fondo de las mismas con las manos visibles, cada vez que el funcionario haga acto de presencia; la salida de los internos de su celda se realizará de manera individual, de forma que no se dará salida a ningún interno hasta que el anterior no se encuentre en el patio o dependencia donde se llevan a cabo las actividades, procediéndose idénticamente a la entrada (...); sólo tendrán en la celda ropa y enseres mínimos necesarios para uso diario (...); la comida se facilitará al interno a través del pasa-bandejas, sin abrir en ningún caso la puerta de seguridad».

¹⁴⁴ Instrucción 17/2011, SG.II.PP., ob. cit., p. 3.

¹⁴⁵ En este punto, el RD 419/2011 es el resultado de las críticas vertidas por diferentes instituciones a la precaria situación tratamental en la que se encontraban los internos en régimen cerrado. Destaca el AJVP de Valladolid de fecha 08.10.91 que afirmaba lo siguiente: «De estos internos cabe decir que únicamente tienen régimen, horario, control, vigilancia, medidas de seguridad, pero nada más. Ni siquiera se ha llegado a trazar un perfil individual que no se reduzca a la simple enumeración de las actuaciones violentas en las que han participado. En esta medida no dejan de tener razón cuando se quejan de que este régimen unilateralmente fijado por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias no permite actividad alguna, no les permite vida en común con otros internos, ni participar en actividades comunes, ni tratar de reorientar su vida hacia otras actividades que no sean las violentas y en esa medida ha de ser excepcional y temporal». En sentido similar, los Autos de 27.03.2000 y 02.01.2001 de la AP de Palencia, los Autos de 26.03.1998 y 09.05.2000 de la AP de Madrid, y el AJVP de Ciudad Real de 22.10.1999. En VV. AA., *Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los JJVP en su XII reunión*, CGPJ, Madrid, enero 2003, p. 15, continuaban manifestando que «los internos clasificados en primer grado son el gran olvido de la Administración Penitenciaria; considerados de especial peligrosidad y de carácter violento con una marcada inadaptación, no suelen ser incluidos en ningún tipo de actividad formativa u ocupacional, lo que produce un efecto negativo, potenciando el aislamiento del interno, que no encuentra la forma de salir del mismo. Toda vez que el tratamiento debe ser obligatorio, el acuerdo intenta conseguir que con programas específicos se dé a este tipo de internos la posibilidad de integrarse y de adaptarse a la vida penitenciaria». Por último, en idéntico sentido, el Defensor del Pueblo en su Recomendación 72/93, dentro del Informe a las Cortes Generales correspondiente a 1993 –*Defensor del Pueblo. Informes, estudios y documentos, 1988-1996*, Madrid, 1997, pp. 249 y ss.– y en la memoria correspondiente a 1998

Resultado de lo anterior y a pesar de los esfuerzos del artículo 92.3 RP y la revisión trimestral de la situación del interno que impone, la clasificación en primer grado suele cronificarse, entrando, tanto el interno como la propia Institución, en un bucle estigmatizador del que se hace muy difícil salir¹⁴⁶. Como apunta la Instrucción 17/2011, «sus condiciones de vida, con mayores limitaciones regimentales, hacen más difícil cualquier progreso destacable que permita la salida de esta situación»¹⁴⁷.

Al respecto, Lacal Cuenca y Solar Calvo hemos señalado que, a pesar de que la LOGP avisa de la necesaria perennidad de su aplicación, lo cierto es que la permanencia en régimen cerrado se perpetúa a lo largo del tiempo. Su configuración como respuesta institucional para los casos de internos más conflictivos deriva en el enquistamiento de las situaciones y contemplarlo como mero grado de tratamiento, además de utópico, dulcifica lo que en realidad conforma. En la situación actual, al amparo de la unión entre régimen cerrado y tratamiento, se da el visto bueno legal y terapéutico a estancias en primer grado de hasta 15 años, haciendo depender la realidad práctica de éste último de la propia filosofía de los centros y los profesionales implicados. Como posible solución, proponemos progresiones obligatorias al régimen ordinario o si no es posible, pases temporales a regímenes intermedios –en aplicación del principio de flexibilidad del art. 100.2 RP–, que obligarían a realizar mayores esfuerzos con este colectivo de internos, a la vez que relajaría la tensión que el trato institucional con los mismos conlleva¹⁴⁸.

De la misma opinión, Aranda Carbonel apunta que «si, como se ha expuesto, la aplicación de este régimen está adecuadamente garantizada, no podemos decir lo mismo sobre su continuidad, no contemplándose ningún control ni seguimiento judicial durante esta fase, que es, por otra parte, la más

–BOE de las Cortes Generales, n.º 357, de 23.06.1999, pp. 29 y ss.– reclama la puesta en marcha sistemática de actividades tratamentales también para los internos en régimen cerrado, de modo que el aislamiento que el mismo conlleva pueda atenuarse y minimizar los daños psíquicos que a él se asocian.

¹⁴⁶ TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, p. 272, apuntan que el «carácter temporalmente ilimitado puede convertir la clasificación en primer grado en algo más grave que la más grave de las sanciones disciplinarias». RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, p. 271, refieren supuestos de aplicación ininterrumpida de 10 años de régimen cerrado frente a la limitación temporal que caracteriza la aplicación de la sanción de aislamiento.

¹⁴⁷ Instrucción 17/2011, SG.II.LP.P., ob. cit., p.2. Según datos de ILPP., a 30 de octubre de 2016, los internos clasificados en primer grado de tratamiento ascendían a 1.041 sobre los 50.919 totales. Cifra coincidente con la estadística del año anterior donde a fecha de 30 de noviembre de 2015, los internos en régimen cerrado eran 1.040. Ello a pesar de que el total de la población era superior –53.459–. Datos que indican un uso consolidado del régimen cerrado, en los que el descenso de la población total no se traduce en descensos proporcionales al grado de clasificación.

¹⁴⁸ SOLAR CALVO, P., LACAL CUENCA, P., «El aislamiento en prisiones: usos múltiples y múltiples justificaciones», *Diario la Ley*, n.º 8154, Sección Doctrina, 20.09.13, p. 8. En sentido similar, RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, p. 271.

importante por las posibles secuelas físicas y psíquicas que pudiera ocasionar», remitiéndose al Autos de la AP de Palencia de 27.03.2000 que se expresaba al respecto en los siguientes términos:

«Es preciso que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria realice un esfuerzo de seguimiento sobre la situación individualizada en que se encuentra cada uno de estos internos, que permanecen en el régimen del departamento especial»¹⁴⁹.

La modificación del artículo 92.4 RP realizada por el RD 419/2011, de 25 de marzo, parece caminar en el sentido propuesto por la doctrina al introducir que «cuando el interno sea menor de veintidós años, toda revisión, tanto de modalidad como de grado, que supere los seis meses de permanencia en el mismo régimen de vida, será remitida al Centro Directivo para su resolución». Se exceptúa para estos casos lo previsto en la Orden INT/1127/2010, de 19 de abril, de Delegación de Competencias, que permite, para determinados supuestos y bajo ciertos requisitos –condena superior a cinco años, acuerdo unánime de clasificación en segundo grado y no tener cumplida la mitad de la condena o tener dos o más sanciones graves o muy graves sin cancelar–, que sean los centros penitenciarios los que decidan definitivamente sobre el grado de clasificación. Se fuerza así una revisión por parte del Centro Directivo de las propuestas de permanencia en primer grado que aporta sin duda mayor consistencia y fundamentación a las decisiones que definitivamente se adopten. Sin embargo, se trata de una novedad insuficiente a los efectos que la doctrina plantea tanto por el sujeto afectado, como por el objeto de lo que regula, pues sólo se refiere a los menores de 21 años y, a pesar de imponer esa segunda consideración, no evita que la permanencia en primer grado se cronifique.

Por último, la poca adecuación del régimen cerrado a los fines del tratamiento, se hace más evidente aún en relación al colectivo de enfermos mentales. El aumento de los mismos en prisión durante los últimos años, resultado de la diabólica conjunción de la mal llamada reforma psiquiátrica con la desaparición de los psiquiátricos civiles y el incremento del consumo de determinado tóxicos, está ocasionando que el régimen cerrado se aplique a internos, regimentalmente inadaptados, pero a los que, por la propia enfermedad mental que presentan, no se adecua el aislamiento que el mismo implica¹⁵⁰.

¹⁴⁹ ARANDA CARBONEL, M. J., *REP*, 2006, p. 50.

¹⁵⁰ Para una perspectiva de la problemática general que la presencia de los enfermos mentales genera en las prisiones, SOLAR CALVO, P., «Enfermedad mental y delito: la punta del iceberg», *Legal Today*, 25.11.14. Un análisis más profundo desde el punto de vista normativo se encuentra en LACAL CUENCA, P., SOLAR CALVO, P., «Responsabilidad penal y personal. Incidencia de la LO 1/2015 en el trabajo penitenciario», *Diario La Ley*, n.º 8591, Sección Doctrina, 27.07.15, pp. 11-13. allí se incluye el análisis de los

Problemas todos ellos que tratan de resolverse a través de diversas actuaciones. Entre las de alcance más general, destacan determinados programas de tratamiento, como el protocolo de atención integral a enfermos mentales (PAIEM) y el programa específico de intervención para internos en régimen cerrado, regulado en Instrucción 17/2011. Otras de carácter más concreto, como la construcción de espacios de aislamiento con paredes de cristal que permiten una vigilancia constante de los internos en régimen cerrado, especialmente si son enfermos mentales. Medidas útiles que tratan de conjugar los diferentes intereses en juego pero que requieren de un esfuerzo profesional casi titánico a fin de que las necesidades de tratamiento y normalización del interno no se olviden y diluyan en el contexto eminentemente asegurativo que el régimen cerrado impone.

2.2 Internos preventivos y tratamiento

La incongruencia sistemática, las limitaciones que de hecho concurren respecto del artículo 71 LOGP (art. 73 RP), se muestran en su verdadera dimensión si al anterior colectivo añadimos el de los internos preventivos. Respecto de los mismos, la presunción de inocencia inspira su régimen penitenciario. De manera que, conforme a la conjunción de los artículos 96.1 RP y 64 LOGP¹⁵¹, las normas regimentales que definen su vida en prisión equivalen a las propias del régimen ordinario pero sin implicar vinculaciones ni valoraciones treatmentales más allá de las que voluntariamente se soliciten. Aunque se impone una cierta observación del interno preventivo a efectos de mera separación interior (arts. 16 LOGP, 99 RP), no se procede a su clasificación en grado en tanto no conste condena. Esto es, de los elementos del sistema, régimen y tratamiento, este último no se aplica, pues al trabajar los condicionantes de la actividad delictiva requiere de una previa declaración de culpabilidad¹⁵².

cambios que la última reforma penal pretendía llevar a cabo en materia de medidas de seguridad y que prescindían del concepto de inimputabilidad para justificar su imposición.

¹⁵¹ De acuerdo con el artículo 96.1 RP: «Con carácter general, el régimen de los detenidos y presos será el previsto en el Capítulo II de este Título». Por su parte, el artículo 64 LOGP determina que la dinámica del sistema de individualización científica únicamente entra en funcionamiento una vez recae sentencia condenatoria. En concreto: «La observación de los preventivos se limitará a recoger la mayor información posible sobre cada uno de ellos a través de datos documentales y entrevistas, y mediante la observación directa del comportamiento, estableciendo sobre estas bases la separación o la clasificación interior en grupos a que hace referencia el artículo 16, y todo ello en cuanto sea compatible con la presunción de inocencia».

¹⁵² BARAS GONZÁLEZ, M., «El régimen penitenciario», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R., 2015, pp. 144-145, realiza un análisis de la normativa del régimen de los preventivos destacando la importancia que en su configuración adquiere el principio de presunción de inocencia.

Sin embargo, este aparente *buenismo normativo* no debe llevarnos a engaño. Excepcionalmente, el artículo 10.2 LOPG y, de acuerdo con él, el artículo 96.2 RP, prevén la posibilidad de aplicar el régimen cerrado a los internos preventivos en quienes concurren circunstancias tales que hagan inviable la convivencia en grupo, bajo los mismos presupuestos objetivos que vimos anteriormente para los penados. Así:

«También podrán ser destinados a estos establecimientos o departamentos especiales con carácter de excepción y absoluta separación de los penados, dando cuenta a la autoridad judicial correspondiente, aquellos internos preventivos en los que concurren las circunstancias expresadas en el número anterior, entendiéndose que la inadaptación se refiere al régimen propio de los establecimientos de preventivos».

En definitiva, para los casos en que la gobernanza interior de la prisión lo requiera, la norma aplica de manera extensiva las consecuencias más restrictivas de una clasificación en grado sólo prevista para los penados. Como resultado, los internos preventivos a los que se les aplique el artículo 10 LOGP, no estarán clasificados en primer grado como tal, sino que padecerán las consecuencias regimentales de la aplicación de ese grado sin los efectos tratamentales que, aún con las dificultades que antes expusimos, el mismo lleva asociado¹⁵³.

Este juego normativo que permite aplicar, según corresponda, el régimen ordinario y el régimen cerrado a los internos preventivos al margen de cualquier intervención tratamental, salva sin duda el principio constitucional de presunción de inocencia. Pero, a la vez, quiebra la previsión del artículo 71 LOGP (art. 73 RP). Si el régimen ha de orientarse al tratamiento y siendo éste imposible hasta la recepción de la sentencia, se impide *ab initio* cualquier intento de cumplimiento del principio de subordinación del artículo 71 LOGP. Esto es, las medidas regimentales que en general deben orientarse al tratamiento, se reducen por definición y para este colectivo de internos, a su versión más asegurativa. Como apunta Mapelli Caffarena, proyectar el principio de presunción de inocencia al ámbito penitenciario «lejos de aportar garantías al preso preventivo lo sitúa en una desventaja frente al penado dentro de un sistema penitenciario resocializador, es decir, promocional para los reclusos en general»¹⁵⁴. Y, más en concreto para el objeto de nuestro análisis a continuación, Tamarit Sumalla y García Albero, destacan que «respecto de los preventivos rigen otros criterios, a pesar de que ello redunde a menudo paradójica-

¹⁵³ Sobre este precepto, GARCÍA VALDÉS, C., «El artículo 10 de la LOGP: su discusión parlamentaria y puesta en funcionamiento», *REP*, n.º extra 1 monográfico LOGP, 1989.

¹⁵⁴ MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, p. 165.

mente en unas condiciones más desfavorables, pues al no estar integrados en un programa de tratamiento no tienen acceso a algunos de los beneficios penitenciarios previstos en la ley, como los permisos de salida»¹⁵⁵.

2.3 La discutible exclusión de los internos preventivos y los clasificados en primer grado del disfrute de permisos ordinarios

Si el principio de subordinación del régimen al tratamiento es de aplicación limitada en relación a los internos preventivos y los clasificados en primer grado, teniendo en cuenta la normativa regimental que se les aplica, dicha limitación se hace más evidente si consideramos la exclusión de estos grupos de internos del posible disfrute de permisos ordinarios del artículo 47.2 LOGP (art. 154 RP) y, por ende, de la trayectoria de reinserción que se asocia a la evolución tratamental. A diferencia de los internos clasificados en segundo grado, cuyos contactos con el exterior suelen iniciarse a través de los permisos ordinarios, y los internos en tercer grado que cuentan además con las salidas de fin de semana del artículo 87 RP¹⁵⁶, la práctica penitenciaria ha optado por negar dicha posibilidad a los internos preventivos y a los penados que se hallan clasificados en primer grado. Si bien ello encuentra sentido dentro de lógica del sistema de individualización, paradójicamente y al mismo tiempo, implica su quiebra.

2.3.1 PERMISOS Y PRISIONIZACIÓN: LA IMPORTANCIA DE LAS SALIDAS REGULARES EN EL CONTEXTO DE UN SISTEMA PENITENCIARIO ORIENTADO A LA RESOCIALIZACIÓN

La *prisionización*, término acuñado por Clemmer, equivalente a la *des-culturación* de Goffman¹⁵⁷, define el proceso de incorporación y paulatina

¹⁵⁵ TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, p. 264.

¹⁵⁶ Conforme al mismo: «1. La Junta de Tratamiento regulará, 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, las salidas de fin de semana de los internados en Establecimientos de régimen abierto. 2. Como norma general, estos internos disfrutarán de salidas de fin de semana, como máximo, desde las dieciséis horas del viernes hasta las ocho horas del lunes. 3. 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. 4. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores, el Centro Directivo podrá aprobar salidas de fin de semana con horarios diferentes a los indicados».

¹⁵⁷ GOFFMAN, E., *Internados –Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales–*, Amorrortu, Buenos Aires, 2001, p. 26.

adaptación de los internos al peculiar hábitat que constituye una prisión en tanto que institución total¹⁵⁸. Quien lo padece se aleja de los hábitos de comportamiento aceptados por el común social hasta imponerse unos propios, diferentes y comprensibles sólo en el entorno penitenciario. Frente a la normalización, o mejor, la naturalidad en el comportamiento, se impone la carga del sistema que deviene en una infantilización de los sujetos en él inmersos, su infravaloración y lo que Goffman denomina *la mutilación del yo*¹⁵⁹. Sus consecuencias son tanto psíquicas como físicas¹⁶⁰ y actúan en perjuicio de la adaptación de los internos al medio social al que están abocados a regresar¹⁶¹.

En este contexto, es donde los permisos ordinarios alcanzan su especial significación, pues, generalmente, suponen el primer contacto de los internos con el mundo exterior a la prisión y, con ello, el inicio de la readaptación a la

¹⁵⁸ CLEMMER, P., *The Prison Community*, Cristopher Publishing Co., Boston, 1940.

¹⁵⁹ GOFFMAN, E., 2001, p. 27.

¹⁶⁰ Entre las consecuencias psíquicas, VALVERDE MOLINA, J., *El proceso de inadaptación social y La cárcel y sus consecuencias*, Popular, Madrid, 1987 y 1991, *passim*, destaca, entre otras, la desproporción reactiva, por la que cuestiones que en otros contextos carecerían de importancia se manifiestan con alta resonancia emocional y cognitiva; la dualidad adaptativa, según se produzca una aceptación exagerada de la autoridad o una reacción igual de exagerada a la misma; el presentismo, pues dado que el presente no se controla, está en manos de otros, mucho menos se puede controlar el futuro; el síndrome amotivacional o la delegación de la responsabilidad y la creatividad de la institución de la que enteramente se depende, cerrándose el interno en un mundo encapsulado en el que la dureza emocional se impone; y, consecuencia o relacionado con lo anterior, la baja estima de sí mismo, en tanto que impotencia, sentimiento de inferioridad, y dificultad de definirse desde sus capacidades, viendo sólo carencias y necesidades. Por su parte, REDONDO ILLESCAS, S. y PÉREZ FERNÁNDEZ, E., «Efectos Psicológicos de la Estancia en Prisión», *Papeles del Psicólogo*, n.º 48, Feb. 1991, pp. 1-6, señalan consecuencias estrictamente físicas, cambios puramente sensoriales, pero no por ello menos relevantes. Especialmente, la pérdida de capacidades visuales y de otras aptitudes físicas básicas que en la vida en libertad se ejercitan de una manera natural. Igualmente, destacando la interrelación entre ambos tipos de consecuencias, psíquicas y físicas, señalan como principales resultados de este fenómeno: el aumento de la dependencia de los internos de la institución, directamente proporcional a la pérdida de autoestima de los mismos, y el consecuente aumento del dogmatismo y ansiedad derivados de las relaciones de autoridad y sometimiento que se consolidan y ejercen en un ambiente prisionizado. Por su parte, MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, pp. 167-170, destaca los efectos prisionizadores del código carcelario. Igualmente, CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 381-382; RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, pp. 123-124. VAN ZYL SMIT, D., SNACKEN, S., 2013, pp. 94-104, diferencian las consecuencias de la prisionización según el momento del cumplimiento y la duración de la condena. Considerando la relación entre prisionización y reincidencia, resulta muy interesante el estudio que lleva a cabo CID MOLINÉ, J., «¿Es la prisión criminógena?: un análisis comparativo de reincidencia entre la pena de prisión y la suspensión de la pena», *Revista de derecho penal y criminología*, n.º 19, 2007, pp. 427-456, en que relaciona el índice de reincidencia con periodos de estancia en prisión. Datos en los que basa las propuestas que incluye en *La elección del castigo: suspensión de la pena o probation versus prisión*, Ed. Bosch, 2009.

¹⁶¹ No obstante, se trata de un fenómeno extensible a quienes trabajan en una prisión. Principalmente, los funcionarios de vigilancia, que a turnos, se ven inmersos en ese mismo contexto prisionizador, ese mismo ambiente que según las circunstancias puede tensarse hasta convertirse en un ambiente administrativo rígido que burocratiza lo más elemental del día a día. Además de las monografías destacadas específicamente al abordar el concepto de prisionización, con un tono y deriva altamente crítica del sistema de cumplimiento de la pena privativa de libertad, merece especial mención, FOUCAULT, M., *Vigilar y Castigar*, 14.ª ed., Siglo XXI, Madrid, 2005.

vida normalizada en sociedad y la atenuación de las consecuencias del internamiento¹⁶². De este modo, contribuyen a que el interno retome el contacto con la vida en libertad de modo normalizado, contrarrestando los efectos que la *prisionización* hubiera podido generar¹⁶³. A través de los mismos se refuerza su autonomía y su autoestima, preparando su futura vida en libertad desde dos premisas. La primera, interna, mediante la consolidación de los avances tratamentales que se estuvieran desarrollando, en tanto suponen un importante estímulo. La segunda, externa, procurando que el interno retome y consolide sus vínculos familiares, sociales y culturales de retorno natural.

Hasta tal punto es así que Pérez Fernández y Redondo Illescas destacan que la flexibilidad de nuestro sistema penitenciario hace que la *prisionización* concorra en menor medida en nuestras prisiones que en otras de nuestro entorno con un sistema de cumplimiento más rígido¹⁶⁴. Ello especialmente, por el empeño de la normativa penitenciaria en que el ambiente en prisión sea lo más resocializador posible (de nuevo, el principio de subordinación del régimen al tratamiento del art. 71 LOGP, 73 RP), y por las salidas que consecuencia de esa premisa permite¹⁶⁵.

¹⁶² El hito inicial en la historia normativa de los permisos lo constituye el Primer Congreso de las Naciones Unidas celebrado en 1955 para la Prevención del Crimen y el Tratamiento del Delincuente que resultó en la redacción de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Detenidos. Posteriormente, la Recomendación n.º 16 de las Reglas Mínimas Europeas para el Tratamiento de los Detenidos, aprobadas por el Consejo de Europa en su Resolución de 1973, proclama el uso de los permisos en todos los Estados componentes del Consejo y destaca algunos de los principios en que los mismos se inspiran: la humanidad y minimizar los efectos de la *prisionización*, procurando la preparación y readaptación paulatina a la vida en libertad de quien está privado de ella. Aborda la cuestión, BUENO ARÚS, F., «Las Reglas Penitenciarias Europeas», en *REP*, n.º 238, 1987.

¹⁶³ GARCÍA MARIJUÁN, J. A., *Papeles del Psicólogo*, 1993, p. 1.

¹⁶⁴ En relación al estudio referido, PÉREZ FERNÁNDEZ, E. y REDONDO ILLESCAS, S., *Papeles del Psicólogo*, 1991.

¹⁶⁵ El propio TC en SSTC 121/1996, de 24 de junio, 2/1997, de 13 de enero, 294/1999, de 8 de noviembre, 109/2000, de 5 de mayo, ha señalado que los permisos de salida constituyen un estímulo a la buena conducta, a la creación de un sentido de responsabilidad del interno y, con ello, al desarrollo de la personalidad, le proporcionan información sobre el medio social en el que va a integrarse, reducen las tensiones propias del internamiento y el alejamiento de la vida diaria, fortalecen los lazos familiares e indican cual es la evolución del penado. En idéntico sentido, defendiendo su importancia como elemento de resocialización, FÉREZ-MANGAS, D., ANDRÉS-PUEYO, A., «Predicción y prevención del quebrantamiento en los permisos penitenciarios», *REIC*, n.º 13, 2015, refieren que «actualmente, se considera que los permisos de salida son una herramienta imprescindible en la intervención penitenciaria y forman parte del programa individualizado de tratamiento para cada interno». Igualmente, destacan su relevancia como instrumento dentro de un sistema humanitario orientado a la reinserción MAPELLI CAFFARENA, B., «Presupuestos de una política penitenciaria progresista», en VV. AA. (Jueces para la Democracia), *Privaciones de libertad y derechos humanos*, Hacer, Barcelona, 1986, pp. 191-210; SILVA SANCHEZ, J., *Política Criminal y Persona*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2000. Desde una perspectiva más general, destacan la importancia de mantener los contactos con el exterior, VAN ZYL SMIT, D., SNACKEN, S., 2013, pp. 325-328.

2.3.2 NATURALEZA JURÍDICA Y UBICACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS PERMISOS ORDINARIOS

En cuanto a su configuración normativa, los permisos ordinarios¹⁶⁶ se regulan en el artículo 47.2 LOGP, coincidente prácticamente con el artículo 154 RP:

«Igualmente se podrán conceder permisos de salida hasta de siete días como preparación a la vida en libertad, previo informe del Equipo Técnico, hasta un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año a los condenados en segundo o tercer grado, respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena y no observen mala conducta».

Por su parte, la definición de su naturaleza jurídica ha transitado por varias fases. La normativa anterior a la LOGP clasificaba los permisos ordinarios como recompensas o beneficios penitenciarios. Y si bien la LOGP abandona la clasificación referida, lo cierto es que no muestra excesiva firmeza en promover un cambio de tendencia. Así, no contempla los permisos dentro del artículo 3 LOGP dedicado a regular los derechos de los internos. A su vez, tampoco los destaca en su regulación del tratamiento en tanto que instrumento del mismo –la regulación de los permisos pertenece al Título II dedicado al régimen penitenciario, mientras que el tratamiento se aborda en su Título III–. El panorama normativo cambia en el RP de 1996 que establece en su artículo 4.2 e) como derecho de los internos el mantener las relaciones con el exterior previstas en la legislación. En paralelo, los permisos pasan a regularse al margen del régimen –Título III RP– y en relación con el tratamiento –en concreto, en el Título VI inmediatamente posterior al Título V dedicado al tratamiento–. De modo que la situación actual es tendente a considerar la naturaleza de los permisos, ordinarios y extraordinarios, como derecho de los internos, si concurren las previsiones legales establecidas para su disfrute¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Sobre las diferentes salidas de los centros penitenciarios y la especialidad que suponen los permisos ordinarios frente a los extraordinarios, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *Los permisos ordinarios de salida; régimen jurídico y realidad*, Edisofer, Madrid, 2002; ESPINA RAMOS, J. A., «Los permisos ordinarios de salida» *Revista del Ministerio Fiscal*, n.º 7, 2000; VEGA ALOCÉN, M., *Los permisos de salida ordinarios*, Comares, Granada, 2005; TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, pp. 164-171. LEGANÉS GÓMEZ, S., «Los permisos de salida: nuevo régimen jurídico», *La Ley Penal*, n.º 52, 2008; MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, pp. 203-204; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., «Relaciones del interno con el mundo exterior», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R., 2015, pp. 249-257; CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 284-294; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, pp. 809-816. Desde el punto de vista del Derecho Comparado, merece ser destacado RENART GARCÍA, F., *Los permisos de salida en derecho comparado*, Premio Nacional Victoria Kent, 2009; Ministerio del Interior, Madrid, 2010.

¹⁶⁷ ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V., 2006, p. 283, exponen esta interesante evolución normativa. Analizan las diferentes visiones sobre su naturaleza, FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, pp. 812-815.

Sin embargo, el propio significado de los permisos ordinarios dentro de nuestro sistema de cumplimiento sigue motivando que su naturaleza no pueda ser la de un derecho subjetivo al uso. Conforme al artículo 47.2 LOGP (art. 154 RP) los permisos ordinarios se conceden «como preparación a la vida en libertad», siendo desfavorable el informe del Equipo Técnico cuando «resulte probable el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o una repercusión negativa de la salida sobre el interno desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o de su programa individualizado de tratamiento» (art. 156 RP). Esto es, se conceden en base al estudio que se hace de la evolución tratamental del interno y la contribución de la salida a la misma, incluyendo un importante componente de valoración subjetiva que dificulta su concepción como un auténtico derecho. Aspecto que destaca la STC 81/97 al especificar que un permiso no supone el paso a una situación de libertad, sino una preparación a la misma, que como tal, se concede o no en función de estimaciones valorativas. Así, los permisos ordinarios se alinean con los derechos no absolutos del interno o de aplicación progresiva –en este caso dependiente de la evolución tratamental del interno– tan típicos del Derecho Penitenciario¹⁶⁸. Como apuntamos antes, ha contribuido a ello la jurisprudencia constitucional sobre el artículo 25.2 CE. El hecho de que la ejecución de la pena privativa de libertad no se oriente únicamente en virtud de parámetros preventivo especiales, rebaja la intensidad de la reinserción como derecho subjetivo. Consecuentemente, lo mismo sucede respecto de las herramientas normativas que le sirven de instrumento, de entre las que los permisos ordinarios constituyen el ejemplo más relevante¹⁶⁹.

Por tanto, y a pesar de la evolución normativa acaecida entre la LOGP y el RP, los permisos ordinarios no alcanzan la categoría jurídica de derecho subjetivo que sí tienen los permisos extraordinarios¹⁷⁰. Tal y como reconoce la

¹⁶⁸ El derecho a una celda individualizada, recogido en el artículo 13 LOGP, es paradigmático entre todos ellos. Como tal, se traduce en un derecho cuya plena ejecución se aspira alcanzar en tanto el contexto derivado de la tasa de criminalidad y los recursos de la Administración en un momento dado lo permitan. Destacan la STC 17/93, de 18 de enero sobre el Derecho de los internos al Trabajo y la Seguridad Social, y con carácter más general, las SSTC 74/1985, de 18 de junio; y 2/1987, de 21 de enero.

¹⁶⁹ LUZÓN PEÑA, D., 1979, p. 47; MAPELLI CAFFARENA, B., 1983, p. 133; LEGANÉS GÓMEZ, S., 2005, p. 46. Desde una perspectiva crítica con esta configuración, CID MOLINÉ, J., *Jueces para la democracia*, 1998, pp. 36-49.

¹⁷⁰ A tenor del artículo 47.1 LOGP: «En caso de fallecimiento o enfermedad grave de los padres, cónyuge, hijos, hermanos y otras personas íntimamente vinculadas con los internos, alumbamiento de la esposa, así como por importantes y comprobados motivos, con las medidas de seguridad adecuadas, se concederán permisos de salida salvo que concurran circunstancias excepcionales». Como vemos, su concesión depende de la concurrencia de circunstancias tasadas para que se estime la concesión de los mismos, es independiente de la evolución tratamental del interno y no depende de factores subjetivos que condicionen su concesión. A su vez, al no ser necesario valorar la evolución tratamental del interno, ni si

propia norma penitenciaria, incluido el RP, los permisos extraordinarios «se concederán» (art. 47.1 LOGP, art. 155.1 RP), mientras que los permisos ordinarios «se podrán conceder» (art. 47.2 LOGP, art. 154.1 RP).

2.3.3 PROBLEMÁTICA INTERNA QUE PLANTEA LA EXCLUSIÓN

Siendo los permisos ordinarios una herramienta fundamental de la trayectoria de reinserción que el sistema de individualización configura, se entiende que se haya optado por vetar su concesión tanto a los internos preventivos como a los clasificados en primer grado. La lógica interna de nuestro sistema penitenciario justifica fácilmente la práctica actual. Salirnos de ella, distorsionaría sin duda la finalidad a la que se orientan los permisos ordinarios y su rol dentro del sistema de individualización¹⁷¹.

Así, respecto de los preventivos, la finalidad de los permisos ordinarios de preparar para la vida en libertad entra en contradicción con una estancia en prisión presidida por el principio de presunción de inocencia, sin posibilidad de sometimiento a tratamiento alguno. Y a la inversa aunque con idéntico resultado, su disfrute, normalmente sin la custodia policial más propia de los permisos extraordinarios, choca frontalmente con la intención eminentemente asegurativa de la prisión preventiva¹⁷². Pero es más, ¿cómo se podría calcular

la salida contribuye o no a su preparación para la vida en libertad, lo normal será que no intervenga en su concesión la Junta de Tratamiento. Lo anterior adquiere aún más sentido si tenemos en cuenta que es norma general que el procedimiento para su concesión revista tintes de la urgencia propia que caracteriza los motivos que lo originan y que sea el Director del centro penitenciario quien los conceda (art. 161.4 RP, Instrucción 1/2012, SG.II.PP., sobre Permisos y Salidas Programadas, y Orden INT/1127/2010 de Delegación de Competencias). De ahí que el artículo 158 RP prohíba conceder un permiso extraordinario cuando «el supuesto de hecho o las circunstancias concurrentes permitan su tramitación como permiso ordinario.» No obstante, estas diferencias se difuminan en el caso de los permisos extraordinarios del artículo 155 apartados 4 y 5 RP, para salidas hospitalarias de internos en segundo y tercer grado. La relación de estos con el tratamiento es mucho más íntima, al requerir evolución previa del interno y confianza en su conducta durante la salida. En consecuencia, y a diferencia de la tramitación de los permisos extraordinarios más puros, en la misma será fundamental la concurrencia del Informe valorativo del Equipo Técnico y la Junta de Tratamiento.

¹⁷¹ De esta opinión, RENART GARCÍA, F., 2010, pp. 74-75 y 81-83, quien realiza un interesante análisis, situando los permisos ordinarios dentro del sistema de individualización científica como herramienta específica de reincorporación social. La extensión de su concesión a los internos en primer grado e internos preventivos no es más que un intento de mitigar los problemas que estos regímenes acarrearán —la dureza en el cumplimiento y la desproporción que supone la duración de la interinidad preventiva—.

¹⁷² El artículo 503 ap. 1 y 2 LECr. determina que la prisión preventiva sólo podrá ser decretada persiga alguno de los siguientes fines: «a) Asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente riesgo de fuga (...) b) Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que haya peligro fundado y concreto (...) c) Evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 CP (...) 2. También podrá acordarse la prisión

en el caso de los internos preventivos el requisito del artículo 47.2 LOGP (art. 154 RP) de tener cumplida la cuarta parte de la condena? Ni la cuantía de la petición fiscal ni la cuantía de la condena estimada nos sirven a la hora de revestir de seguridad jurídica una posible respuesta, pues el devenir procedimental puede variarlas muy significativamente¹⁷³.

En cuanto a los primeros grados, resulta del todo lógico negar la posibilidad de conceder permisos ordinarios, cuya concesión requiere cierta evolución tratamental, a quien no ha evolucionado de una forma suficiente o, dicho de otro modo, no ofrece las garantías necesarias de hacer buen uso de su disfrute. No obstante, tanto éste como el anterior fueron aspectos muy discutidos en el momento de su redacción normativa¹⁷⁴. Y es que, negar de entrada y bajo toda circunstancia la concesión de permisos ordinarios de salida a los primeros grados e internos preventivos, supone caer en la rigidez de la que nuestro sistema ha puesto tanto empeño en huir, olvidando la flexibilidad de la que él mismo hace gala. Algo así como si no se hubiera atrevido a llegar a sus últimas consecuencias, aún a costa de sus propios límites, negándose desde dentro respecto de estos dos colectivos. Con ello, se confirma la limitada aplicación que el artículo 71 LOGP encuentra respecto de los mismos, relativizándose al máximo el principio de sometimiento del régimen al tratamiento. Si las características regimentales del cumplimiento de los internos en primer grado y de los preventivos hacen difícil su sometimiento al tratamiento, más aún si se impide su compatibilidad con aquellas salidas de prisión que sirven para mitigar los efectos negativos de su versión más asegurativa y más cercana a la *prisionización*.

Procediendo de otro modo, el sistema lograría resultados bastante más acordes con su filosofía de base, tendente a conciliar la manera de cumplimiento y las concretas circunstancias que la situación de cada interno presente.

provisional (...) para evitar que el imputado cometa otros hechos delictivos». En este sentido, parece que aunque todos los fines de la prisión preventiva pueden verse comprometidos por una salida de permiso ordinario, el primero de ellos es el que por su relevancia y carácter fundamental se considera en mayor riesgo.

¹⁷³ Inconvenientes jurídicos destacados por CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 286.

¹⁷⁴ El RD de 29 de julio de 1977, en su artículo 109, establecía la concesión de permisos de veinticuatro, cuarenta y ocho o setenta y dos horas y, excepcionalmente, de una semana, a penados y presos preventivos por la realización de «actos que pusieran de relieve buena conducta y espíritu de trabajo», contemplando también la concesión de permisos ordinarios a internos en primer grado. En el mismo sentido, el Anteproyecto de LOGP preveía esta posibilidad. Sin embargo, pesó más la alarma provocada por algunas fugas de internos en primer grado y la nueva configuración que los permisos ordinarios adquirían conforme a la LOGP, en la que dejaban de ser recompensas para empezar su evolución jurídica hasta convertirse en derechos asociados a la evolución tratamental de los internos. Expone la discusión parlamentaria al respecto, ANDRÉS LASO, A., 2016, pp. 249-255.

En primer lugar, respecto de los internos clasificados en primer grado, el disfrute de permisos ordinarios rebajaría el carácter eminentemente asegurativo propio del régimen cerrado. A su vez, ayudaría sin duda a romper las dinámicas de enfrentamiento institucional en la que los internos en primer grado suelen verse inmersos. En relación a este colectivo, sorprenden los casos de internos con delitos de escasa relevancia que sin embargo se encuentran en conflicto permanente con la institución, su personal y lo que representan –de ahí que el art. 102.5 RP e) sobre la «comisión de infracciones disciplinarias calificadas de graves o muy graves de manera reiterada y sostenida en el tiempo» recoja como motivos para la aplicación del régimen cerrado, la generación de conflictos *intra muros*–. Para estos ciudadanos escasamente peligrosos, pero internos altamente conflictivos, la concesión de un permiso ordinario bajo ciertas condiciones supondría sin duda la ruptura de dinámicas preestablecidas, esquemas de actuación conductual que se consolidan y cronifican en el tiempo y cuya repetición es inversamente proporcional a la probabilidad de que los mismos cesen.

A ello contribuiría la interpretación tan flexible que impera actualmente sobre la «ausencia de mala conducta». La mayor parte de la doctrina identifica este requisito para la salida de permiso ordinario con la ausencia de sanciones, pero sin dejar de lado una cierta y necesaria flexibilidad¹⁷⁵. Así, suele admitirse la concurrencia de buena conducta aun habiendo cometido el interno faltas de escasa influencia tratamental¹⁷⁶. Es decir, se aboga por la consideración de la conducta global y no puntual de los internos¹⁷⁷. Desde el punto de vista ju-

¹⁷⁵ Si acudimos a los antecedentes normativos, el artículo 65 Reglamento de Prisiones de 1956 establecía que: «no podrán redimir penas por el trabajo los que reiteradamente observaren mala conducta durante el cumplimiento de la condena», entendiéndose por tales «los que cometieren nueva falta grave o muy grave sin haber obtenido la invalidación de las anteriores conforme al artículo ciento dieciséis». No obstante, aplicar la misma lógica a la ausencia de mala conducta exigible para las salidas de permiso no se justifica. Primero, la redención de penas por trabajo nada o poco tiene que ver con los permisos de salida y tras la aprobación del CP de 1995 se trata de una institución formalmente derogada. A su vez, aplicar esta equiparación entre ausencia de mala conducta y ausencia de sanciones casa más con una concepción progresiva del cumplimiento de condena, donde los permisos son antes recompensas que derechos asociados al tratamiento–. RENART GARCÍA, F., 2010, pp. 131-133, realiza un interesante análisis de la trayectoria normativa a este respecto y el peso de la misma en la discusión que se analiza.

¹⁷⁶ ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V., 2006, p. 284 comentan que considerando el elenco actual de infracciones, no todas ellas pueden ser valoradas del mismo modo desde el punto de vista de sus consecuencias para la seguridad del centro y, mucho menos, teniendo en cuenta su incidencia tratamental. A modo de ejemplo, el artículo 109 g) RP 1981 que califica como falta muy grave: «El organizar o participar en juegos de suerte, envite o azar que no se hallaren permitidos en el establecimiento».

¹⁷⁷ En este sentido, DE CASTRO ANTONIO, J. L., «Permisos de salida», en VV. AA., *I Curso Monográfico para Jueces de Vigilancia Penitenciaria, Madrid, 13-16 de noviembre de 1995*, CGPJ, Madrid, 1997, pp. 399, manifiesta que: «se da especial importancia a la conducta del interno en prisión y muy poca a la denominada conducta global. Lo que realmente hay que valorar es cómo el individuo va a responder

risprudencial y a pesar de la importancia que se le da a la ausencia de sanciones, lo cierto es que ciertas resoluciones caminan en el sentido que la doctrina apunta¹⁷⁸. En el mismo sentido, la jurisdicción penitenciaria acordó por unanimidad en su octava reunión que la existencia de faltas disciplinarias sin cancelar no debía ser obstáculo para el estudio y tramitación por la Junta de Tratamiento del permiso de salida solicitado¹⁷⁹. En definitiva, se aboga por que la valoración se realice más sobre su evolución conductual desde el punto de vista tratamental y no sólo desde el punto de vista disciplinario situado en la vertiente más asegurativa y regimental del cumplimiento¹⁸⁰.

Por su parte, respecto de los internos preventivos, los permisos ordinarios servirían para atenuar la injusticia material que acompaña su situación en prisión. No hay que olvidar que la misma tiene características regimentales más negativas que las de los que ya han sido condenados y se encuentran clasificados en régimen ordinario. Es decir, el régimen de vida de los preventivos es un régimen ordinario endurecido al no poder optar a las salidas que sí corresponden a los clasificados en segundo grado. Aspecto que no deja de ser paradójico, pues se aplica un régimen más gravoso a quienes aún no han sido declarados culpables¹⁸¹. Igualmente, a través de su buen uso, las autoridades judiciales competentes podrían replantearse la necesidad del mantenimiento

en sociedad, visualizar ese comportamiento». Interpretación a la que se adhieren CONDE, M.: *Derecho Penitenciario vivido*, Comares, Granada, 2006, p. 61; RÍOS MARTÍN, J. C., SEGOVIA BERNABÉ, J. L., PAS-CUAL RODRÍGUEZ, E., *Las penas y su aplicación. Contenido legal, doctrinal y jurisprudencial*, Colex, Madrid, 2007, p. 265.

¹⁷⁸ Así, el AAP Secc. 5.ª de Madrid de 28 de enero de 2000 que entiende que: «aún si en definitiva se confirmara la sanción no podría hablarse de mala conducta... pues debe tenerse en cuenta que el juicio sobre la conducta ha de ser global o de conjunto, de suerte que ni una nota meritoria es sinónimo de conducta ejemplar, ni una sanción es, de por sí, indicadora de mala conducta pues la conducta equivale aquí a la forma de conducirse o comportarse en prisión, que valora los episodios o actitudes concretas positivas o negativas pero que las sitúa en un contexto tan amplio como sea posible del que es fácil deducir la línea de actuación predominante». Igualmente, los Autos de 18 de noviembre de 1998, 8 de septiembre de 1999 y de 24 de mayo de 2001.

¹⁷⁹ VV. AA., *Criterios refundidos de actuación de los JJVP en su VIII Reunión*, CGPJ, Madrid, 1995, p. 54.

¹⁸⁰ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., «Criterios para la valoración de la peligrosidad y el riesgo en el ámbito penitenciario», *CPC*, n.º 120, 2016, pp. 259-260.

¹⁸¹ MUÑOZ CONDE, F. y MORENO CATENA, V., «La prisión provisional en el Derecho español», en *La reforma penal y penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1980, pp. 319 y ss.; CASTELLANO CERVERA, V., «Consideraciones sobre la prisión provisional», *CPC*, n.º 13, 1981, pp. 165y ss.; ASENCIO MELLADO, J. M.ª., *La prisión provisional*, Civitas, Madrid, 1987, pp. 164-165, tesis doctoral dirigida por GIMENO SENDRA, J. V., Universidad de Alicante, 1986; LANDROVE DÍAZ, G., «Prisión provisional y régimen penitenciario», en BARBERO SANTOS, M. (Coord.), *Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1997, p. 197. Todos ellos abogan por paliar la incertidumbre penal de los internos preventivos y lo paradójico de su situación penitenciaria, que cuenta con todos los inconvenientes de la pena privativa de libertad y ninguna de sus ventajas. VAN ZYL SMIT, D., SNACKEN, S., 2013, pp. 280-281, añaden cómo su exclusión de la trayectoria de reinserción, acaba excluyéndolos también de las actividades asociadas al tratamiento.

de la prisión preventiva. Aspecto más que deseable en el contexto de uso sobredimensionado de este instrumento jurídico¹⁸². A su vez, es pacífico en la doctrina que el concepto amplio del tratamiento que el RP contempla, más allá de la intervención clínica de los internos, facilita su extensión a los internos preventivos¹⁸³. Por ello, estando estos internos en contacto con los Equipos Técnicos, cabría realizar valoraciones sobre la conveniencia de ciertas salidas, si no con la finalidad de preparar su vida en libertad –salvando así el principio de presunción de inocencia–, sí al menos con la de rebajar las consecuencias negativas de la *prisionización*¹⁸⁴. Lo anterior, más aún si ya se han dado casos de concesión de permisos ordinarios a internos preventivos con la finalidad de favorecer la investigación judicial que se esté desarrollando. En este sentido, puede ser muy útil que un imputado acceda a días de libertad controlada y observar el uso que pueda hacer de las pruebas del delito no localizadas o los contactos que pueda establecer con otros imputados. Siendo

¹⁸² Al respecto, BARAS GONZÁLEZ, M., «El régimen penitenciario», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R., 2015, pp. 144: «La realidad en España es que el uso de la prisión preventiva es abundante, alargándose la situación durante varios meses e incluso años». De acuerdo con la estadística de II.PP., en octubre de 2016, la cifra de internos preventivos ascendía a 7.995 sobre un total de 60.175. Número al que hay que añadir los 666 internos que estando penados cuentan con causa preventiva y a los que se les aplica el mismo régimen que si fueran preventivos puros. Si comparamos estos datos con los de año anterior, en octubre del 2015 los internos preventivos puros eran 7.997, los penados con preventiva 697 y el total de internos ascendía a 62.925. Esto es, se repite lo que apuntamos antes para el primer grado: a pesar del descenso global de la población penitenciaria, no se detecta una bajada proporcional en este colectivo de internos que parece contar con una representación que se consolida y cronifica en el tiempo.

¹⁸³ MONTERO HERNANZ, T., «El tratamiento penitenciario», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R., 2015, p. 188: «Múltiples son las implicaciones que se derivan del nuevo concepto de tratamiento. 1.º Se amplía el ámbito subjetivo de aplicación, extendiéndose a todos los privados de libertad, incluyendo los presos en situación preventiva, y no sólo a los penados, pues se trata de ofrecer a todos los internos una estancia en prisión menos ociosa y más resocializadora, no sólo de actuar en relación al responsable del delito. El RP pretende profundizar el principio de individualización científica en la ejecución del tratamiento penitenciario, para lo que implanta la aplicación de modelos individualizados de intervención para los presos preventivos, en cuanto sea compatible con el principio constitucional de presunción de inocencia, evitando así que la estancia en prisión de los internos preventivos tenga sólo fines custodiales, encontrando reflejo de ello en los artículos 3.4 y 20.1 RP». En el mismo sentido, GALLEGO DÍAZ, M., «Concepto de tratamiento penitenciario: un doble paradigma», *La Ley Penal*, n.º 110, 2014; CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 243 quien apunta que: «el artículo 3.4 RP permite la compatibilidad entre presunción de inocencia y el acceso a actividades educativas, formativas, deportivas y culturales, ya no se trata como antes de excluir a los preventivos de estas actividades, sino sólo de limitarlas a su compatibilidad con su situación procesal». Igualmente, BUENO ARÚS, F., *REP*, 2006, p. 33, se felicita del concepto amplio de tratamiento por ser «muy positiva la posibilidad de que los preventivos se beneficien de las nuevas actividades resocializadoras y no se dediquen a perder el tiempo en los patios en tanto llega su condena».

¹⁸⁴ Como señalan VAN ZYL SMIT, D., SNACKEN, S., 2013, p. 96, «Los internos pendientes de juicio se ven particularmente expuestos a altos niveles de riesgo de estrés como consecuencia de la incertidumbre institucionalizada que caracteriza a la prisión preventiva: incertidumbre sobre la duración del encarcelamiento, incertidumbre sobre el resultado del proceso penal, y –especialmente en el primer encarcelamiento– incertidumbre sobre la vida en prisión. Esto desemboca en unas ansiedades específicas asociadas a la reclusión en prisión, como el trauma de superar el primer shock, mantener los vínculos externos, conseguir estabilidad y seguridad, y encontrar una actividad».

esto así, no vemos lo que podría obstar para motivar estas salidas en causas más cercanas a la filosofía de nuestro sistema.

Y es que los propios artículos 48 LOGP y 159 RP, quizá bajo la influencia de la antigua calificación de los permisos ordinarios como beneficios o recompensas penitenciarias, parecen contemplar dicha posibilidad, pues regulan la concesión de permisos a internos preventivos sin hacer distinciones entre los diferentes tipos de salidas. Conforme al precepto reglamentario «los permisos de salida regulados en este Capítulo podrán ser concedidos a internos preventivos, previa aprobación, en cada caso, de la Autoridad judicial correspondiente». Más explícito si cabe, el artículo 48 LOGP cuando determina que «los permisos a los que se refiere el artículo anterior –tanto los extraordinarios del apartado 1 del artículo 47 LOGP, como los ordinarios de su apartado segundo– podrán ser concedidos asimismo a internos preventivos con la aprobación, en cada caso, de la autoridad judicial correspondiente»¹⁸⁵.

En el mismo sentido que apuntamos se manifiesta el reciente ATS de 14.12.17 en el *Caso Jordi Sánchez*. Los razonamientos que emplea el magistrado abren sin duda una vía para el disfrute de permisos ordinarios por quienes están privados de libertad de manera cautelar. En concreto, en respuesta a la solicitud de permiso de Jordi Sánchez para participar en las elecciones catalanas de 21 de diciembre, el magistrado no hace mención alguna a razones de imposibilidad normativa de conceder un permiso ordinario a quien aún no ha sido condenado. A la contra, partiendo de su posible concesión, valora si: a) el disfrute del permiso pondría en riesgo los fines concretos que la prisión preventiva pretende en el caso analizado; b) la limitación del derecho del interno a concurrir a las referidas elecciones se justifica y es proporcional¹⁸⁶.

Sin embargo, otros preceptos hacen poco viable que se explore la posibilidad de concesión de permisos ordinarios a los internos preventivos y aquellos en primer grado. Así, es altamente significativo que respecto de los permisos extraordinarios concedidos a internos clasificados en primer grado, el artículo 155.3 RP determine que «será necesaria la autorización expresa del Juez de Vigilancia Penitenciaria», yendo con ello más allá del procedimiento

¹⁸⁵ Hasta tal punto es así que, dada la redacción de este precepto, y a pesar de que se posiciona en contra de la concesión de permisos ordinarios a los internos preventivos –ver nota 153–, CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 219-220, entiende que, está legalmente prevista la salida de permiso –ordinario y extraordinario– de los internos preventivos, pues la LOGP no establece distingos entre ellos.

¹⁸⁶ Para mayor análisis de la resolución, SOLAR CALVO, P., «¿Puede un interno preventivo disfrutar de un permiso ordinario? A propósito del reciente ATS de 14.12.17 en el caso Jordi Sánchez», *Legal Today*, 21.12.17.

general que prevé su intervención sólo cuando las salidas de permiso superan los dos días¹⁸⁷.

Esta asignación competencial, muy discutida por los JJVP –no está prevista por la LOGP–, supone además una injusticia palmaria en casos de fin de semana, dada la ausencia de servicio de guardia en esta clase de juzgados, y provoca una situación un tanto rocambolesca, respecto de los internos preventivos en régimen cerrado, pues para la autorización de una salida será necesaria la decisión favorable tanto del JVP como de la autoridad judicial de la que dependa. Pero lo que nos interesa del precepto, no es tanto lo que dice como lo que significa. Esto es, aun tratándose de permisos extraordinarios concedidos con las más estrictas medidas de seguridad –normalmente, custodia policial–, la Administración Penitenciaria delega la decisión para su concesión en la autoridad judicial.

A su vez, al margen del artículo 155.3 RP, la tendencia en política penitenciaria actual no es nada favorable a las opciones que planteamos. Incluso para las salidas de permiso de menos de dos días, esto es, para aquellas cuya concesión le corresponde, el Centro Directivo busca siempre el respaldo judicial que avale la decisión. En caso de propuesta de una Junta de Tratamiento en este sentido, o bien opta por su denegación administrativa y concesión vía recurso, o bien por aconsejar a los centros la propuesta de permisos de mayor

¹⁸⁷ El aspecto más procedimental de la concesión de los permisos se regula en los artículos 160 y 161 RP. Sin embargo, como se infiere de la lectura de ambos preceptos, el contenido del procedimiento lo regula el segundo de ellos, hasta el punto que se aboga por la supresión del primero. Así, ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V., 2006, p. 292, siguiendo el propio Informe del Consejo de Estado al Proyecto de RP de 11.01.96. En concreto, en cuanto al artículo 161 RP: «1. Si la Junta de Tratamiento acuerda conceder el permiso solicitado por el interno, elevará dicho acuerdo, junto con el informe del Equipo Técnico, al Juez de Vigilancia o al Centro Directivo, según se trate de internos clasificados en segundo o tercer grado de tratamiento, respectivamente, para la autorización correspondiente. 2. Los permisos ordinarios a penados de hasta dos días de duración serán autorizados por el Centro Directivo. 3. Cuando se trate de internos preventivos será necesaria, en todo caso, la autorización expresa de la Autoridad judicial a cuya disposición se encuentre el interno. 4. En los supuestos de urgencia, el permiso extraordinario podrá ser autorizado por el Director del Establecimiento, previa consulta al Centro Directivo si hubiere lugar a ello, y sin perjuicio de comunicar a la Junta de Tratamiento la autorización concedida». La Orden INT/1127/2010 de Delegación de Competencias, modifica en cierto modo lo que el precepto establece pues permite que sea el Director del centro penitenciario el que autorice los permisos ordinarios de internos clasificados en tercer grado. A diferencia de los permisos extraordinarios, no se trata de motivos de urgencia, sino de un intento de desconcentración administrativa, tendente a imprimir mayor celeridad al procedimiento. En contrapartida, el riesgo que se asume al respecto es prácticamente nulo, pues la participación adicional que realiza el Centro Directivo respecto de las salidas de permiso ordinarios de los internos en tercer grado, parece excesiva respecto de internos que ya cuentan con un alto grado de confianza dado el régimen del que habitualmente disfrutaban y en cuya aplicación el Centro Directivo ya intervino. Profundizan en los aspectos procedimentales de la concesión de permisos, FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, pp. 820-840.

duración pero disfrute fraccionado, obligando con ello a la intervención judicial en todo caso¹⁸⁸.

Tanto uno como otro supuesto indican cierto temor administrativo a asumir los riesgos propios de nuestro sistema de cumplimiento, a pesar del escaso significado estadístico que vimos que estos tienen. Y desde luego, el cambio que reclamamos acerca de la concesión de permisos ordinarios a internos preventivos e internos en primer grado implica un aumento de la probabilidad de dichos riesgos y requieren, en paralelo, de capacidad institucional para hacerles frente.

3. LIMITACIONES AL PRINCIPIO DE FLEXIBILIDAD: UN SISTEMA QUE NO SE ATREVE A LLEGAR A SUS ÚLTIMAS CONSECUENCIAS

Al tratar las bases del sistema de individualización científica, vimos el avance que supone respecto de los sistemas progresivos y la significativa previsión del artículo 72.4 LOGP, al determinar la desaparición de la obligatoria carrera progresiva hacia mayores cotas de libertad¹⁸⁹. A diferencia de los sistemas anteriores, no es necesario pasar por los diferentes regímenes de cumplimiento en un avance paulatino a mayores cotas de libertad. Por ello, el artículo 72.3 LOGP permite la clasificación inicial de un interno en el grado superior que le corresponda, excepto para la libertad condicional que contiene entre sus requisitos el estar clasificado en tercer grado¹⁹⁰. Dos son los supuestos reglamentarios que desarrollan esta previsión.

En primer lugar, la delegación de competencias que prevé el apartado 7 y desarrollan los apartados 8 y 9 del artículo 103 RP. En este sentido, el artículo 103 RP establece que:

«7. Cuando se trate de penados con condenas de hasta un año, la propuesta de clasificación inicial formulada por la Junta de Tratamiento, adoptada por acuerdo unánime de sus miembros, tendrá la consideración de resolución de cla-

¹⁸⁸ LARRAURI, E., ROVIRA, M., ALARCÓN, P., *RECPC*, 2018, pp. 11 y 12, destacan la diferente política penitenciaria que la A.P. de Cataluña sigue en este punto. Sobre la distribución territorial de la competencia en materia penitenciaria, MESTRE DELGADO, E., «Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas sobre las legislación penal y penitenciaria», *La Ley Penal*, n.º 70, 2010, pp. 5-9.

¹⁸⁹ Recordando: «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».

¹⁹⁰ Como ya vimos: «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 la libertad condicional, sin tener que pasar necesariamente por los que le preceden».

sificación inicial a todos los efectos, salvo cuando se haya propuesto la clasificación en primer grado de tratamiento, en cuyo caso la resolución corresponderá al Centro Directivo.

8. En este supuesto, el acuerdo unánime de la Junta de Tratamiento de clasificación inicial en segundo o tercer grado se notificará al interno, que podrá ejercitar la impugnación referida en el apartado 5 de este artículo y se remitirá al Centro Directivo.

9. Si la propuesta de la Junta de Tratamiento de clasificación en segundo o tercer grado a que se refieren los apartados anteriores no fuese unánime, la misma se remitirá al Centro Directivo para la resolución que proceda, conforme a lo establecido en otros apartados de este artículo».

Como vemos, la norma determina una delegación de la potestad de clasificación inicial en la Junta de Tratamiento al convertirla en órgano decisorio para los casos de condena o condenas de hasta un año de duración, siempre que el acuerdo de la Junta sea unánime y no se trate de clasificaciones en primer grado. Es cierto que dentro de esta posibilidad caben perfectamente meras clasificaciones en segundo grado. Sin embargo, la tendencia es que en condenas bajas se plantee con frecuencia el pase inicial a tercer grado sin pasos previos intermedios. Ello por la propia influencia que la pena y por ende la decisión judicial, han de tener sobre la clasificación, además de la incoherencia que supondría proceder con carácter general de otro modo en relación a estas condenas tan cortas, pues aplicarles criterios más generales determinaría en muchos casos, por los tiempos que el procedimiento exige, la imposibilidad de acceder de manera regular al disfrute de permisos o a un tiempo prolongado en tercer grado¹⁹¹.

En segundo lugar, como ejemplo paradigmático de la superación de las limitaciones propias de sistemas progresivos, el artículo 104.3 RP prevé la posibilidad de clasificación inicial en tercer grado penitenciario, aun sin haber cumplido la cuarta parte de la condena, esto es, sin haber seguido el circuito que denominamos ordinario y que implica el disfrute previo de permisos en segundo grado. Como no podía ser de otro modo, el RP destaca la necesidad a tal efecto de que haya transcurrido tiempo necesario de observación del interno, a fin que se garantice la concurrencia favorable de las variables a tener en cuenta para el acceso al tercer grado, especialmente las que aseguran la adecuada integración social. Más concretamente:

«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

¹⁹¹ ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V., 2006, p. 233, se felicitan de la posibilidad que ofrece el RP.

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 artículo 102.2 RP, valorándose especialmente, el historial delictivo y la integración social del penado».

Como se infiere de lo expuesto, ambos supuestos, el del artículo 103.7 y 104.3, pueden darse de forma conjunta. De hecho será bastante habitual que en estos casos de acceso directo a tercer grado por condenas de escasa cuantía no se haya cumplido aún la cuarta parte de la misma.

En sentido contrario a esta flexibilización y tal y como acabamos de ver, las salidas de permiso exigen en todo caso como requisito objetivo para su disfrute el haber cumplido la cuarta parte de la condena. Tanto el artículo 47.2 LOGP, como el artículo 154.1 RP son claros a este respecto. Los antecedentes normativos y la historia penitenciaria pesaron más que llevar hasta sus extremos el nuevo sistema. Así, influyó la tradicional consideración de los permisos ordinarios como recompensa o beneficio penitenciario. Y a la vez, tuvieron influencia los antecedentes penitenciarios cercanos al sistema progresivo que, sumados a lo anterior, explican que se mantuviera la exigencia de tener cumplida la cuarta parte de la condena para las salidas de permiso ordinario¹⁹².

La confluencia de los preceptos expuestos provoca un resultado normativo un tanto paradójico, pues la flexibilidad de la que la norma hace gala en los artículos 103.7 y 104.3 RP se trunca a la hora de regular los permisos ordinarios¹⁹³. A la vez, en la práctica, parece contradictorio negar salidas de permiso ordinario a internos que por su disposición a vivir en semilibertad son clasificados en tercer grado antes de alcanzar la cuarta parte de su condena. Máxime si, como suele ser habitual, el acceso a tercer grado conlleva salidas regulares de fin de semana del artículo 87 RP.

Los JJVP no se han manifestado de manera concreta y directa sobre el asunto que abordamos, pero el criterio de actuación n.º 21, adoptado en su octava reunión celebrada en 1994, da idea de la confusión que reina en este punto. De acuerdo con el mismo:

«La clasificación inicial del interno en tercer grado debe considerarse suficiente para disfrutar de permisos de fin de semana sin necesidad de haber cumplido la cuarta parte de la condena»¹⁹⁴.

¹⁹² RENART GARCÍA, F., 2010, pp. 103-106.

¹⁹³ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *CPC*, 2016, p. 258.

¹⁹⁴ VV. AA., *Criterios refundidos (...)*, 1995, p. 53.

Como vemos, los JJVP se refieren a la no aplicación del requisito de cumplimiento de la cuarta parte de la condena para las salidas de fin de semana propias del régimen abierto, cuando es un aspecto que se da por hecho, pues la norma no lo exige. A la vez, obvian el supuesto verdaderamente problemático de los permisos ordinarios de internos que se encuentran en tercer grado sin haber cumplido la cuarta parte. Ello por dos posibles motivos. De un lado, los artículos 47.2 LOGP y 154.1 RP no dejan espacio a la duda sobre la necesidad de haber superado la cuarta parte de condena cualquiera sea el grado de clasificación en que se encuentre el condenado. De otro, la imposibilidad de disfrute de permisos ordinarios para internos en tercer grado puede tener cierto sentido en el supuesto de terceros grados restringidos del artículo 82 RP, esto es, internos que no ofrecen garantías suficientes para el buen uso del régimen abierto pleno del artículo 83 RP y a los que las salidas habituales en tercer grado, incluso las de fin de semana, se les restringen *ab initio*.

Sin embargo, lo cierto es que la situación actual, en la que el no haber superado la cuarta parte de la condena impide las salidas de permiso ordinario de todo interno en tercer grado, sea éste pleno o restringido, no sigue la lógica propia de nuestro sistema de individualización científica. Conforme a la misma, es la evolución tratamental del interno, y no el cumplimiento de parámetros temporales rígidos, la que define el régimen de cumplimiento. De ahí que algunas críticas al Anteproyecto de RP hicieran especial hincapié en eliminar el requisito de tener cumplida la cuarta parte en los casos de internos clasificados en tercer grado¹⁹⁵. Y de ahí también que un sector de la doctrina vaya más allá y abogue por la desaparición de este requisito temporal en sí¹⁹⁶. Paso que, como sucedía para la posibilidad de conceder permisos ordinarios a los internos en primer grado y preventivos, dotaría a los permisos ordinarios de una flexibilidad mucho más compatible con el sistema en el que se encuadran.

4. LA CARA OSCURA DE LA SUBORDINACIÓN DEL RÉGIMEN AL TRATAMIENTO

Vistas las limitaciones de los que hemos señalado como principios sistemáticos, volvemos al principio de subordinación del régimen al tratamiento

¹⁹⁵ Informe del Colegio de Abogados de Madrid al Anteproyecto de RP de 26.11.95, Colegio Abogados de Madrid, 1995.

¹⁹⁶ CID MOLINÉ, J., *Jueces para la democracia*, 1998, p. 43; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., 2002, pp. 32 y ss.; LEGANÉS GÓMEZ, S., *La clasificación penitenciaria: nuevo régimen jurídico*, Dykinson, 2006, p. 152; RENART GARCÍA, F., 2010, p. 109.

para dar un paso más en la crítica interna al sistema. Además de la limitada aplicación que hemos visto que encuentra en algunos de las maneras de cumplimiento que el propio sistema contempla –régimen cerrado y régimen de internos preventivos–, se añade otra cuestión que pone en jaque no sólo las virtudes del propio principio, sino las del sistema mismo en su esencia.

Así, la excesiva equiparación entre régimen y tratamiento que el artículo 71 LOGP promueve y los artículos 74 y 101 RP desarrollan a través de la equivalencia entre regímenes y grados de cumplimiento, tiene dos consecuencias del todo contraproducentes a los fines que la actividad penitenciaria se propone –la traducción práctica de la resocialización y reinserción constitucionales, esto es, lograr ciudadanos autónomos y responsables de sus actos-¹⁹⁷. En primer lugar, promueve la idea de que cumplir las normas regimentales implica cumplir con parte importante del tratamiento pautado. Como anunciamos anteriormente, el amplio concepto de tratamiento contribuye a ello. A la vez que, como vamos a ver a continuación, la propia norma penitenciaria incluye como tratamiento lo que a nuestro juicio no debiera serlo. Y a la inversa, con alta incidencia en las garantías jurídicas de los internos, creer que el régimen es tratamiento, dota al primero de un halo de bondad y *buenismo normativo* que en nada se corresponde con la realidad que implica. Veamos algunos datos normativos que confirman la existencia del problema que referimos.

4.1 ¿Puede una salida del centro ser tratamiento penitenciario?

Al abordar el concepto de tratamiento y la amplitud de su contenido, vemos que el Título V del RP divide las actividades pertenecientes al mismo en tres bloques –programas de tratamiento específicos; formación, cultura y deporte; y actividad laboral–. Pues bien, la norma incluye como programas de tratamiento específicos, con escaso rigor sistemático y entre preceptos que nada tienen que ver entre sí, dos tipos de salidas –las salidas programadas del art. 114 RP y las medidas regimentales del art. 117 RP– que adquieren el esta-

¹⁹⁷ Ello con la finalidad del artículo 59 LOGP y en el contexto que expone CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 30, sobre la finalidad actual de la resocialización. En concreto: «la proyección actual sobre la ejecución penitenciaria se dirige a su humanización y atenuación de los posibles daños que origina la prisión para reducir los efectos de prisionización, la apertura de las vías de participación y la proyección social de la cárcel. Se trata de atenuar la nocividad de la prisión, con una actuación dirigida a que la prisión no perjudique a los internos, no los separe de la sociedad y reproduzca lo más posible la sociedad libre».

tus de actividad tratamental junto con el desarrollo de comunidades terapéuticas del artículo 115 RP¹⁹⁸ y los programas del artículo 116 RP¹⁹⁹.

En cuanto a las salidas programadas, se regulan en el artículo 114 RP, Conforme al mismo:

«1. Para la realización de actividades específicas de tratamiento podrán organizarse salidas programadas destinadas a aquellos internos que ofrezcan garantías de hacer un uso correcto y adecuado de las mismas.

¹⁹⁸ Introducidas en el artículo 66 LOGP, su origen histórico se sitúa tras la Segunda Guerra Mundial, momento en que Maxwell JONES entre otros, comienza a probar técnicas de psicoterapia colectiva en instituciones como hospitales y centros penitenciarios. En la actualidad, suponen un oasis en aquellos centros penitenciarios en los que se conforman, al darse prioridad absoluta a las necesidades tratamentales de los internos. Muestra de ello, la gestión interna de la comunidad se asigna en muchos casos a organizaciones externas dedicadas específicamente al objetivo rehabilitador concreto que la constitución de la comunidad pretende. Más importante aún, la prevalencia del tratamiento se manifiesta en el organigrama penitenciario, asumiendo la Junta de Tratamiento las funciones del Consejo de Dirección y la Comisión Disciplinaria. Constituyen ejemplo paradigmático de las mismas, las comunidades destinadas al tratamiento de drogodependientes a cargo de Proyecto Hombre. Aborda sus bases de funcionamiento, JONES, M., *The Therapeutic Community: A New Treatment Method in Psychiatry*, Basic Books, New York, 1953; *Social Psychiatry: In the Community, in Hospitals, and in Prisons*, Jessica Kingsley Publishers, Springfield, 1962; *Beyond the Therapeutic Community: Social Learning and Social Psychiatry*, Yale University Press, 1968; *Social Psychiatry in Practice*, Penguin Books, England, 1968; *Maturation of the Therapeutic Community: An Organic Approach to Health and Mental Health*, Human Sciences Press, New York, 1976; *The Process of Change*, Routledge & Kegan Paul, Boston, 1982. Sobre la obra de JONES, BRIGGS, D., *A Life Well Lived: Maxwell Jones – a Memoir*, Jessica Kingsley Publishers, London, 2002.

¹⁹⁹ El precepto destaca aquellos programas que abordan la drogodependencia (arts. 116.2 y 3 RP). Su incidencia en el medio penitenciario y su vinculación directa con la actividad delictiva motivan que así sea –en diciembre de 2012, se cometieron 14.520 delitos contra la salud pública del total de 55.570 contabilizados; en las restantes tipologías delictivas la presencia de la drogodependencia suele actuar bien como acicate delictivo (delitos contra el patrimonio principalmente), bien como componente adicional de necesaria valoración (delitos contra la vida y la libertad sexual principalmente)–. En este sentido, FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, p. 719, estiman que el 60% de la población reclusa padece esta problemática. No obstante, estos no son los únicos (arts.116.4 RP). Así, el programa de atención integral a enfermos mentales (PAIEM), el programa de agresores sexuales (PCAS) o el programa de violencia de género. Sobre su clasificación, ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V., 2006, p. 262, distinguen programas de prevención o educación para la salud, programas asistenciales de reducción del daño, desintoxicación y deshabitación, y programas de incorporación social vinculados al acceso paulatino a mayores cotas de libertad, como el programa de primeros permisos. Por su parte, FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, refieren programas de intervención específica, programas de desarrollo personal, programas organizativos y en recursos externos (pp. 715-716), y, dentro de los primero, distinguen programas de intervención de drogodependientes –de prevención, asistencia y en el exterior–, programas específicos para internos condenados por delitos contra la libertad sexual y programas de atención especializada –violencia de género, discapacidad intelectual, de tabaquismo, ludopatía, educación vial y pornografía infantil– (pp. 719-721). Analizan el contenido del precepto, TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, pp. 268-270; CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 247-253, quien realiza un estudio de la implementación de los programas previstos por la norma y de aquellos otros que se han ido introduciendo posteriormente al RP en vía de Instrucción –programa de régimen cerrado, programa de módulo de respeto, programas de mediación–. En la misma línea, ANDRÉS LASO, A., 2016, pp. 323-329. Por su parte, CUTIÑO RAYA, S., *RECPC*, 2015, pp. 10 y ss., a la vez que aporta datos de los que se infiere una escasa implementación práctica ofrece, una interesante clasificación sobre los programas especializados actualmente vigentes.

2. En todo caso, los internos serán acompañados por personal del centro penitenciario o de otras instituciones o por voluntarios que habitualmente realicen actividades relacionadas con el tratamiento penitenciario de los reclusos.

3. Los requisitos necesarios para la concesión de las salidas programadas serán los establecidos para los permisos ordinarios de salida del artículo 154 del este Reglamento.

4. Las salidas programadas serán propuestas por la Junta de Tratamiento, que solicitará la aprobación del Centro Directivo y la posterior autorización del Juez de Vigilancia Penitenciaria en aquellos supuestos en que la salida, por su duración o por el grado de clasificación del interno, sea competencia de ese órgano judicial.

5. Como regla general, la duración de las salidas programadas no será superior a dos días y, en ningún caso, se computarán dentro de los límites establecidos para los permisos ordinarios del artículo 154.

6. En las salidas programadas se adoptarán en cada caso las medidas oportunas referentes a la forma y medio de traslado, así como las medidas de seguridad correspondientes».

Como vemos, se trata de salidas vinculadas a los permisos ordinarios en cuanto a los requisitos y modo de concesión, pero de finalidad diferente. Mientras que la concesión de permisos ordinarios se caracteriza por una cierta regularidad dentro de la trayectoria evolutiva del interno hacia el tercer grado, libertad condicional y libertad definitiva, y responden a una finalidad general de «preparar para la vida en libertad», las salidas programadas tienen una finalidad objetiva específica vinculada a un programa concreto y suelen ser el paso previo a un permiso²⁰⁰. No obstante, en la actualidad, existe una discusión candente al respecto.

La Instrucción 1/2012, sobre permisos de salida y salidas programadas, introduce de manera indirecta un requisito adicional al margen de la LOGP y el RP, que la concesión de las salidas programadas se limite a aquellos internos que ya hayan disfrutado de permisos ordinarios anteriormente²⁰¹. Como sucedía en el caso del artículo 155.3 RP –permisos de internos clasificados en primer grado– y para los permisos de menos de dos días de duración, se trata de un posicionamiento político que trata de amparar cualquier mal uso de una de

²⁰⁰ Sobre su figura, NIETO GARCÍA, A., «Las salidas programadas del artículo 114 del RP», *Diario La Ley*, n.º 7709, Sección Doctrina, 05.10.11; TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, pp. 171-171; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, pp. 716-717; ANDRÉS LASO, A., 2016, pp. 322-323.

²⁰¹ Instrucción 1/2012, SG.II.PP., ob. cit., p. 17. En concreto: «(...) los órganos competentes para su propuesta procurarán, salvo casos debidamente justificados, la inclusión como candidatos para dichas actividades de aquellos internos a quienes se haya autorizado ya algún permiso de salida ordinario». Ello a pesar de que ha sido matizada de forma relevante por la Orden de Servicio 4/2018 sobre salidas programadas, de la nueva Dirección General de Ejecución Penal y Reinserción Social.

estas salidas concedidas por la Administración en la concesión previa de un permiso por el JVP. De nuevo, se aprecia miedo administrativo y miedo político a la crítica pública que no hace más que desvirtuar lo que normas de rango superior han establecido y con ello las posibilidades que el sistema ofrece –se entiende que la lógica del sistema es la contraria a la de la Instrucción, las salidas programadas suponen salidas puntuales con mayores controles institucionales que los propios de un permiso y que permiten probar si el interno efectivamente era merecedor de estos–. Pero se trata de un miedo que se está imponiendo, bien porque las Juntas de Tratamiento acatan la Instrucción sin ir al propio sentido de la norma, bien porque al ser salidas que suelen durar un día, su realización depende de la autorización o no del Centro Directivo, en definitiva, de quien ha redactado la citada Instrucción.

Lo anterior adquiere tintes preocupantes desde el punto de vista de las garantías jurídicas si tenemos en cuenta que se discute internamente si las salidas programadas son o no recurribles ante la autoridad judicial –de hecho, su concesión se tramita mediante listados de internos propuestos y listados de internos autorizados, de modo que, en caso de no inclusión de algún interno propuesto por la Junta de Tratamiento en la lista definitiva de internos autorizados por el Centro Directivo, no se realiza ninguna notificación personalizada al interno de los motivos de denegación de la salida propuesta²⁰²–. A su vez, en caso de lograrse, el recurrirlas no suele servir de mucho dado que, por su propia dinámica, la premura con que estas salidas se preparan y autorizan, hace que en el momento en que llega al centro la resolución judicial, la salida ya ha sido realizada. Aspectos estos de importante calado jurídico que debieran abordarse con mayor profundidad por la norma²⁰³.

Al margen de esta discusión, constituyen ejemplo paradigmático de de salida programada, las salidas culturales o para práctica de senderismo con la finalidad de inculcar hábitos de ocio saludables²⁰⁴.

Por su parte, en relación a las salidas específicas del artículo 117 RP:

²⁰² El AJVP de Cantabria de 12.09.17 critica duramente este aspecto por la arbitrariedad que supone.

²⁰³ Sobre ésta y otras extralimitaciones de la normativa penitenciaria interna, SOLAR CALVO, P., «Instrucciones de la Administración Penitenciaria: Una historia de extralimitaciones», *Legal Today*, 20.07.16. En el mismo sentido, SOLAR CALVO, P., «Tratamiento Penitenciario: Aciertos y desaciertos (...)», *Diario La Ley*, 2016, pp. 8-9.

²⁰⁴ Destaca el programa NACAR (Naturaleza y Cárcel) que se viene desarrollando en el CP de El Dueso, aprovechando su peculiar ubicación en un paraje natural compuesto por monte, playa y marisma. El mismo busca implicar a los internos en el cuidado de la naturaleza, responsabilizando a los mismos de determinadas labores como el conteo de aves migratorias, la limpieza de zonas de bosque, el reciclado de residuos, llevándose a cabo salidas programadas en aquellas ocasiones en que la actividad concreta se realiza fuera de la prisión.

«1. Los internos clasificados en segundo grado de tratamiento que presenten un perfil de baja peligrosidad social y no ofrezcan riesgos de quebrantamiento de condena, podrán acudir regularmente a una institución exterior para la realización de un programa concreto de atención especializada, siempre que éste sea necesario para su tratamiento y reinserción social.

2. Esta medida requerirá haber sido planificada con anterioridad por la Junta de Tratamiento y estará condicionada a que aquél preste su consentimiento y se comprometa formalmente a observar el régimen de vida propio de la institución y las medidas de seguimiento y control que se establezcan en el programa, que no podrán consistir en control personal por miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

3. La duración de cada salida diaria no excederá de ocho horas, y el programa del que forme parte requerirá la autorización del Juez de Vigilancia Penitenciaria. Si el programa exigiera salidas puntuales o irregulares, la autorización corresponderá al Centro Directivo.

4. La Junta de Tratamiento realizará la coordinación necesaria con la institución para el seguimiento del programa.

5. La participación en el programa podrá ser revocada por decisión voluntaria del interno, por el incumplimiento de las condiciones establecidas o por circunstancias sobrevenidas que justifiquen esta decisión».

Como se aprecia, guardan similitud con las salidas programadas en tanto se vinculan a una actividad concreta de tratamiento, pero a diferencia de éstas suelen tener un componente regular o permanente bastante pronunciado, pues el marco tratamental al que pertenecen es más amplio. Igual que para las anteriores, la principal diferencia con los permisos ordinarios, además de la exclusión de los internos en régimen abierto, radica, como en el caso de las salidas programadas, en que el contenido de estas salidas está previamente establecido con un objetivo tratamental claro. Ejemplo característico de salidas regimentales de segundo grado lo constituyen las actividades formativas realizadas con internos dentro de programas de formación laboral²⁰⁵.

Partiendo de lo anterior, creemos que el RP se equivoca en la regulación de las salidas programadas y las salidas regimentales como parte del tratamiento. A pesar de que cuentan con un objetivo tratamental específico al que se subordinan, el mero hecho de salir y regresar del centro penitenciario, cumpliendo las normas que se hubieran impuesto para la salida, no supone por sí sola actividad tratamental alguna. Desde nuestro punto de vista, las salidas programadas y las regimentales constituyen instrumentos que posibilitan el

²⁰⁵ En este punto, es muy destacable la labor que desarrolla la Obra Social de la Caixa que colabora con II.PP. en el desarrollo de programas de inserción laboral como los programas Incorpora y Reincorpora. Éstos últimos para internos en tercer grado pero respecto de los que una fase en segundo grado con salidas regimentales puede servir para la fase de formación.

desarrollo del tratamiento en el exterior de los establecimientos (art. 110 c) RP y el art. 113 RP)²⁰⁶, pero no el propio tratamiento en sí. Es más, el nombre que la norma da a las salidas del artículo 117 RP –medidas regimentales–, así lo indica.

Pero lo relevante es que se trata de una opción normativa cuyo significado trasciende a la misma. Detrás de esta clasificación que el RP realiza se encuentra la excesiva equiparación entre régimen y tratamiento del que nuestro sistema penitenciario parte²⁰⁷. Como el régimen sirve al tratamiento (art. 71 LOGP, art. 73 RP), el mero cumplimiento de las normas que conlleva el primero supone la realización de una parte importante del segundo. Lógica que se extiende hasta aplicarse a los permisos y al resto de salidas que, sin ser tratamiento, sí que contribuyen al mismo limitando la aplicación temporal del régimen interior del centro. Ello incluso con el respaldo normativo que hemos visto²⁰⁸. De manera que, cumplir las normas, tanto las propias del interior del establecimiento –lo que constituye el régimen puro–, como aquellas que regulan las salidas al exterior del centro y que atenúan el anterior, no sólo se considera tratamiento, sino que se convierte en el núcleo fundamental del mismo. Esto es, basta con que los internos muestren un comportamiento normalizado para que los requisitos tratamentales queden satisfechos.

Más allá y teniendo en cuenta que el régimen incluye la realización de aquellas actividades, éstas sí, efectivamente tratamentales que se hubieran pautado para el interno, la equiparación que la norma establece contribuye a la idea de que, de nuevo, su simple realización hace a los internos merecedores

²⁰⁶ Se trata de dos preceptos íntimamente ligados. Mientras el artículo 110 c) RP establece un principio general del tratamiento –como vimos antes, «Potenciará y facilitará los contactos del interno con el exterior contando, siempre que sea posible, con los recursos de la comunidad como instrumentos fundamentales en las tareas de reinserción»–, el artículo 113 RP lo desarrolla justamente en el Capítulo II dedicado a la parte más clínica del mismo, recordando que: «1. Las actividades de tratamiento se realizarán tanto en el interior de los Centros penitenciarios como fuera de ellos, en función, en cada caso concreto, de las condiciones más adecuadas para la consecución de los fines constitucionales y legales de la pena privativa de libertad. 2. En todo caso, la Administración Penitenciaria tendrá en cuenta los recursos existentes en la comunidad para la ejecución de las actividades del tratamiento penitenciario». La inclusión de este último precepto junto con los programas de tratamiento específicos puede entenderse como un fallo más acorde con aquellas de contenido formativo y laboral. Sin embargo, también puede interpretarse como un toque de atención de la norma en cuanto a su apuesta de intervención social, al determinar que aún para aquellos programas de corte clínico tradicional, la orientación de la actividad ha de tener una vocación exterior y social.

²⁰⁷ Destaca los efectos negativos de ello, ANDRÉS LASO, A., 2016, pp. 219-223.

²⁰⁸ No sucede lo mismo con los permisos. Al abordar su naturaleza jurídica, vimos que la LOGP los regula como parte del régimen penitenciario en su Título II. Por su parte, el RP no los considera como parte del régimen penitenciario puro, pero tampoco como tratamiento, sino que los regula en el Título VI, inmediatamente después de éste pero al margen del mismo. Lo que a nuestro juicio es sin duda más acertado que la opción adoptada para las salidas que ahora abordamos.

de iniciar lo que hemos denominado trayectoria de reinserción –acceso a permisos ordinarios, tercer grado y libertad condicional–. Esto con dos consecuencias nefastas para la verdadera recuperación social de los mismos. De un lado, ante una respuesta institucional negativa en forma de denegación de una salida o acceso a mayores cotas de libertad, los internos tendrán muy fácil culpar de su situación a la propia institución, pues ellos ya cumplieron con la parte del acuerdo. Se facilita así que su locus de control siga siendo externo sin atribuirse responsabilidad alguna por los actos que llevan a cabo²⁰⁹. De otro, la institución tenderá a conceder esas salidas y mejoras en el cumplimiento con independencia de los cambios tratamentales reales que los internos hubieran alcanzado. Algo así como si la evolución normativa en materia penitenciaria no hubiera servido para nada y los permisos volvieran ser meras recompensas al buen comportamiento²¹⁰.

Y es que, peor aún si cabe que todo lo anterior, la dinámica que exponemos ha calado hondo en una institución que la asume plenamente y a conveniencia. En términos de gasto y gestión de personal, es mucho más sencillo rebajar las exigencias tratamentales y facilitar el inicio de la trayectoria de reinserción, que implementar mecanismos de intervención suficientemente exigentes. A la vez, la concesión de salidas y la posibilidad real de acceder a mayores cotas de libertad es altamente rentable en términos de conflictividad interna. No olvidemos que uno de los requisitos para iniciar la dinámica de permisos es la «ausencia de mala conducta» por parte del interesado. El simple hecho de que los internos tengan mucho que perder en caso de protagonizar un enfrentamiento institucional, dulcifica el ambiente de cumplimiento regimental. Finalmente, todo ello sin aparentes riesgos. Ya hemos visto los datos que avalan el buen uso por parte de los internos de las salidas que se les conceden. Aspecto lógico teniendo en cuenta que son los primeros interesados en no retrasar un posible acceso al tercer grado. Es decir, buscando su propio interés, satisfacen también el de la propia institución²¹¹. Con ello, se promueve justamente lo contrario de lo que los artículos 71 LOGP, 73 RP pretenden. En lugar

²⁰⁹ Como sostenemos en LACAL CUENCA, P., SOLAR CALVO, P., *Diario La Ley*, 2015, p. 9: «Con esta forma de proceder, se sigue colocando el locus de control del individuo fuera de sí mismo, fuera de los internos. La responsabilidad ya no es de ellos, pues han cumplido con todas esas actividades que se les impusieron, sino de esa Junta de Tratamiento que aun así no le concede la salida deseada o el acceso a mayores cotas de libertad durante el cumplimiento».

²¹⁰ Como acertadamente refiere CUTIÑO RAYA, S., *RECPC*, 2015, p. 9, «la evolución positiva en el tratamiento significará, en la mayoría de los casos, tener un comportamiento adecuado».

²¹¹ SOLAR CALVO, P., «Tratamiento Penitenciario: Aciertos y desaciertos (...)», *Diario La Ley*, 2016, pp. 9-10.

de ser el régimen el que contribuye al tratamiento, acaba siendo éste el que se pliega al cumplimiento del primero. De acuerdo con Cutiño Raya:

«La actividad tratamental no es el centro del sistema penitenciario, no es el objetivo y el fin de las instituciones penitenciarias. En el mejor de los casos, se trata de una serie de actividades para mantener ocupadas por un tiempo a algunas personas reclusas, subordinándose siempre a las exigencias de seguridad y régimen. La mayoría de las veces, va aun más allá, siendo el tratamiento un medio para conseguir una situación de tranquilidad en los centros. La inactividad en los centros penitenciarios es muy frecuente y ocasiona graves perjuicios (estrés, ansiedad, sensación de pérdida de tiempo, frustración, etc.). No existe ningún requisito legal para acceder a las actividades pero los recursos no llegan a toda la población reclusa, por lo que se tiene que producir una selección, cuyo principal criterio es el buen comportamiento. El sistema busca la sumisión en las normas de régimen, a través de la oferta de actividades de tratamiento»²¹².

Por último, dos aspectos que introdujimos antes como parte fundamental y definitoria de nuestro sistema son decisivos en este punto y contribuyen a esta perversión a la que la equiparación de régimen y tratamiento por sí sola se presta. En primer lugar, la consideración de la reinserción social como mandato al legislador y no como derecho subjetivo de los internos. Como advierte Téllez Aguilera:

«La configuración de la reinserción social como un derecho y no como un principio etéreo, supondría un revulsivo para la actuación de la Administración penitenciaria que se vería compelida a poner en funcionamiento verdaderos programas de tratamiento, superándose con ello las carencias de programas individualizados para las necesidades de cada interno. Y es que el tenor del artículo 72.1 LOGP (principio de individualización científica), se da de bruces con la instauración de macro programas que son diseñados más para dar la impresión ante terceros (Defensor del Pueblo, Parlamento, Consejo General del Poder Judicial, opinión pública...) de que se está haciendo tratamiento que realmente estar pensados en sus destinatarios. Ello acarrearía un notable incremento del protagonismo y consideración de los profesionales penitenciarios encargados del tratamiento, recuperando toque desde hace tiempo se ha cedido a manos foráneas»²¹³.

En segundo lugar, a pesar de las ventajas que antes le atribuimos, la amplitud del concepto de tratamiento coadyuva a la definitiva fusión del régimen y el tratamiento. En contra de lo que Téllez Aguilera reclama y consideramos del todo necesario –llevar a cabo una intervención tratamental individualizada, más o menos terapéutica según las necesidades concretas que cada caso pre-

²¹² CUTIÑO RAYA, S., *RECPC*, 2015, pp. 4-5.

²¹³ TÉLLEZ AGUILERA, A., *ADPCP*, 1999, p. 335.

sente–, se consolida una especie de todo vale tratamental en el que cualquier actividad o mera actuación que se desarrolle en prisión o en relación con ésta, se considera parte de ese concepto tan difuso en el que el tratamiento se ha convertido. Recordando lo que gráficamente señalaba Bueno Arús:

«Cualquier cosa es tratamiento si ayuda a los fines de la pena. Y, si no hacen falta expertos de preparación científica para estas actividades más simples, sino solamente mano izquierda o capacidad de entendimiento con buena fe, cordialidad y solidaridad, los problemas tradicionales sobre dificultades y obstáculos, a los que aludí antes, vinculados a los medios económicos y el personal científicamente preparados, se van a caer o reducir consecuentemente. En cierto modo, estamos repitiendo la paradoja de Mahoma y la Montaña (dicho sea en broma): si no hay medios para organizar respecto de todo recluso un tratamiento científico, descientificemos el tratamiento, declaremos que en todo caso los derechos humanos de los internos quedan garantizados, afirmemos la importancia de un trato humano y sonriente, y sigamos adelante tan ilusionados»²¹⁴.

En definitiva, si el régimen es tratamiento, si el derecho a la reinserción no es un derecho susceptible de amparo y si el tratamiento puede incluir actividades de casi todo tipo, se impone el desarrollo de un tratamiento sencillo, que casi no necesita de medios materiales o humanos específicos y de fácil implementación para una Administración que sin duda aprovecha las ventajas que todo ello le reporta –pacificación interior y apariencia de realización de multitud de actividades tratamentales–. Sin embargo, se perfila un tratamiento tan simple y simplificado que hace que nos preguntemos si se conserva algo del concepto auténticamente terapéutico del mismo.

4.2 ¿Es el tratamiento verdaderamente voluntario?

Pero las consecuencias de la unión de los conceptos de régimen y tratamiento van más allá de lo dicho hasta ahora si recorremos la equivalencia entre ambos en el sentido inverso al expuesto. Hasta ahora hemos visto las consecuencias de difuminar el concepto de tratamiento en el de régimen hasta el punto de considerar que casi cualquier actividad relacionada con lo penitenciario puede considerarse como tratamiento. Ahora, es el concepto de régimen el que se difumina, al asociarle tintes terapéuticos que nada tienen que ver con su realidad y que acaban haciendo del régimen algo bueno y del tratamiento algo cuasi-obligatorio. Por mucho que unamos ambos conceptos, estos no dejan de

²¹⁴ BUENO ARÚS, F., *REP*, 2006, p. 28.

ser distintos: el primero de carácter eminentemente normativo y de cumplimiento obligatorio para los internos²¹⁵, el segundo de naturaleza terapéutica, necesariamente voluntario. Sin embargo, partiendo de esta unión conceptual, el RP trata de forzar la participación del interno en la parte más tratamental de la ejecución de la condena. Si el cumplimiento de la normativa regimental es obligatorio, si el régimen en sí es terapéutico, tratamental y por ende, bueno para el interno, qué nos impide extender esa obligatoriedad al tratamiento si ambos conceptos están unidos²¹⁶. Como advierten Tamart Sumalla y García Albero, con ello se hace evidente una de «las graves contradicciones internas de nuestra legislación penitenciaria, al convertir en columna vertebral del sistema de cumplimiento y en fin del régimen penitenciario un elemento del que el interno puede disponer»²¹⁷.

Es de nuevo la norma la que da muestra de esta contradicción cuando aborda el principio de voluntariedad del tratamiento penitenciario. A pesar de la claridad con que se expresa el artículo 112.3 RP sobre el mismo, al reconocer que «el interno podrá rechazar libremente o no colaborar en la realización de cualquier técnica de estudio de su personalidad, sin que ello tenga consecuencias disciplinarias, regimentales ni de regresión de grado»²¹⁸, el artículo 5.2g) RP establece justamente lo contrario, catalogando como deber de los internos el de «participar en las actividades formativas, educativas y laborales definidas en función de sus carencias para la preparación de la vida en libertad». Más significativos aún, el artículo 26 LOGP que dispone que «el trabajo será considerado como un derecho y como un deber del interno, siendo un elemento fundamental del tratamiento», y el artículo 132 RP que define el trabajo productivo en los siguientes términos: «(...) es un derecho y un deber del interno, constituye un elemento fundamental del tratamiento cuando resul-

²¹⁵ El artículo 4.1.b) LOGP establece como deber de los internos: «Acatar las normas de régimen interior, reguladoras de la vida del establecimiento, cumpliendo las sanciones disciplinarias que le sean impuestas en el caso de infracción de aquellas, y de conformidad con lo establecido en el artículo 44». De manera similar el artículo 5.2.b) RP determina el deber de: «Acatar las normas de régimen interior y las órdenes que reciba del personal penitenciario en el ejercicio legítimo de sus funciones».

²¹⁶ Como señala ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «El tratamiento penitenciario I», en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I, RODRÍGUEZ ZÚÑIGA, L., 2001, p. 318, «lo cierto es que los límites del fin de resocialización y de la centralidad del tratamiento se observan precisamente en este tema, en la difícil salida a la disyuntiva régimen (disciplina) *versus* tratamiento (voluntariedad)».

²¹⁷ TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, p. 47.

²¹⁸ En el mismo sentido y específicamente para los programas de tratamiento especializados, el artículo 116.4 RP *in fine* determina que: «El seguimiento de estos programas será siempre voluntario y no podrá suponer la marginación de los internos afectados en los Centros Penitenciarios». Por su parte, el artículo 117.5 RP para las medidas regimentales, establece que: «la participación en el programa podrá ser revocada por decisión voluntaria del interno, por el incumplimiento de las condiciones establecidas o por circunstancias sobrevenidas que justifiquen esta decisión».

te de la formulación de un programa individualizado, y tiene, además, la finalidad de preparar a los internos para el acceso al mercado laboral cuando alcancen la libertad»²¹⁹. En la misma línea, los artículos 4.2 LOGP –dentro del catálogo de deberes de los internos– y 61 LOGP, inducen a la confusión al establecer que se fomentará la participación de los internos en el tratamiento y que éste «colaborará para, en el futuro, ser capaz de llevar, con conciencia social, una vida sin delitos»²²⁰.

Lo anterior hasta el punto de que algunos autores sustentan la configuración de dicha participación como deber del condenado²²¹. No obstante, a pesar de la confusión que la norma genera, en la práctica, por la propia necesidad de concurrencia de la voluntad del interno para el éxito del tratamiento, no cabe su desarrollo sin la misma²²². De ahí que la Administración sólo pueda, de acuerdo con el artículo 112.1 RP, estimular «la participación del interno en la planificación y ejecución de su tratamiento»²²³ y que la no participación no

²¹⁹ En concreto para el trabajo, pero extrapolable al resto de elementos del tratamiento, CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 259, advierte que: «Su consideración de obligación específica frente a la genérica de los ciudadanos libres no casa demasiado bien con la finalidad resocializadora que exige la libre aceptación, ya que en su calidad de parte del tratamiento se dirige a cubrir las carencias laborales y a favorecer la integración social». De ahí que la autora entienda que: «como deber sin embargo, se dice que no es estricto ya que al formar parte del tratamiento, ha de ser voluntario».

²²⁰ Para MAPPELI CAFFARENA, B., 1983, p. 267, una incorrecta redacción del artículo 4.2 de la Ley permite entender las técnicas de tratamiento: «no son las que dan contenido al tratamiento, sino las que deben emplearse para fomentar la participación del interno. De ser así la libre aceptación del tratamiento queda completamente neutralizada ya que entonces son las técnicas las que motivarán la colaboración y no la voluntad del penado». Para el artículo 61 LOGP, TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, p. 259, advierten que se trata de una norma desgraciada tanto en su redacción como en su contenido, surgida como consecuencia de una enmienda que pretendía evitar el carácter de norma imperativa hacia el interno que tenía el Anteproyecto, pero sin que consiguiera la consagración legal de la idea de voluntariedad. Como sugiere MANZANARES SAMANIEGO, L., en COBO DEL ROSAL, M., (Dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M. (Coord.), *Comentarios a la legislación penal*, t. VI, vol. II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986, pp. 938-939, «la misma forma utilizada encierra unas connotaciones coercitivas que sólo pueden –y deben– eliminarse mediante una interpretación conjunta de todos los preceptos legales relativos al tratamiento».

²²¹ Para ALARCÓN BRAVO, J., *EPyC*, 1978, pp. 30-31; GARRIDO GUZMÁN, L., 1983, pp. 295-296, se trata de un deber jurídico sin sanción a diferencia de lo que sucede con el régimen donde habrá lugar a las correspondientes sanciones disciplinarias. En cambio, para BUENO ARÚS, F., «Notas sobre la Ley General Penitenciaria», *REP*, n.º 220-223, 1978, pp. 115-116 y *REP*, 2006, pp. 24-25, se trata de un deber con consecuencias jurídicas, si no sanciones disciplinarias, sí la pérdida de determinados beneficios penitenciarios con la consecuencia de que la prisión podría representar para él una mera retención durante el tiempo establecido en la sentencia judicial.

²²² De la misma opinión, ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V., 2006, p. 254. Profundiza al respecto, LEGANÉS GÓMEZ, S., 2005, pp. 168-169; ANDRÉS LASO, A., 2016, pp. 154-163. Para el trabajo en concreto, VAN ZYL SMIT, D., SNACKEN, S., 2013, pp. 300-301, justifican la necesaria voluntariedad del mismo bajo los principios de normalización social, reparación del daño y resocialización que los autores desarrollan.

²²³ El artículo 55 RP va más allá y regula que la Administración fomentará la participación de los internos en la propia organización de las actividades a realizar. De acuerdo con el mismo: «1. Los internos participarán en la organización del horario de las actividades de orden educativo, recreativo, religioso,

pueda tener consecuencias negativas, tal y como señala el apartado 3 del artículo 112 RP y desarrolla el artículo 112.4 RP para el momento de la revisión de grado. Conforme a este último:

«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».

Según este planteamiento dominante en la doctrina, el tratamiento constituye un derecho del interno que la Administración penitenciaria ha de ofrecer y fomentar, pero nunca imponer, pues lo contrario convertiría la pretensión de cualquier logro terapéutico en inútil²²⁴. Y todo ello, como decimos, sin que el rechazo del tratamiento surta consecuencias para el interno, tanto desde el punto de vista de una progresión de grado, como en relación al acceso a la dinámica de permisos o a cualesquiera beneficios penitenciarios²²⁵. Como fundamentos para esta postura, Mapelli Caffarena aporta los siguientes:

laboral, cultural o deportivo. 2. También se procurará la participación de los internos en el desenvolvimiento de los servicios alimentarios y de confección de racionados, de acuerdo con el artículo 24 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y de lo que se establezca en las normas de desarrollo de este Reglamento. 3. El Consejo de Dirección, mediante resolución motivada, podrá ampliar la participación de los internos en otras áreas regiminales diferentes de las mencionadas en el apartado 1 de este artículo. 4. La participación de los internos en estas actividades en los Establecimientos de cumplimiento de régimen abierto y de régimen ordinario y en los de preventivos, se efectuará a través de Comisiones ajustándose a las normas que desarrollan los siguientes artículos». Principio que el artículo 79 RP repite para el régimen ordinario y que ha dado lugar a los llamados Módulos de Respeto regulado en la Instrucción 18/2011, SG.II.PP., sobre Niveles de intervención en módulos de respeto. Esto es, módulos en los que se alcanza un alto nivel de autogestión regimetal.

²²⁴ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, p. 501. De la misma opinión, MUÑOZ CONDE, F., «La resocialización del delincuente: análisis y crítica de un mito», *CPC*, n.º 7, 1979, p. 102, para quien el deber de someterse a tratamiento implicaría «una especie de manipulación de las personas, tanto más cuanto ese tratamiento afecte a su conciencia y a su escala de valores». De la misma opinión, GALLEGO DÍAZ, M., *REP*, 2013, pp. 105; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo», *ADPCP*, t. 32, n.º 3, 1979, p. 683; RODRÍGUEZ ALONSO, A., RODRÍGUEZ AVILÉS, J. A., *Lecciones de Derecho penitenciario*, 4.ª ed., Comares, Granada, 2011, pp. 255-256; y TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, p. 260, para quienes «basta con acudir a la naturaleza de derecho que tiene el principio de resocialización reconocido en el artículo 25.2 CE, entendido como emanación del principio de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.11 CE), que convierte en inconstitucional la posibilidad de un tratamiento coactivo».

²²⁵ El artículo 106.4 RP lo recuerda para el momento en que se produce la revisión de grado: «Cuando el interno no participe en un programa individualizado de tratamiento, la valoración de su evolución se realizará en la forma descrita en el artículo 112.4, salvo cuando la Junta de Tratamiento haya podido efectuar una valoración de la integración social del interno por otros medios legítimos». JUANATEY DORADO, C., *Manual de Derecho penitenciario*, Iustel, Madrid, 2011, p. 152, refiere que la norma debiera de precisar también dicha voluntariedad para los beneficios penitenciarios. Igualmente, GALLEGO DÍAZ, M., *REP*, 2013, p. 114. Siguiendo esta misma lógica, *Conclusiones de las Jornadas de Fiscales de Vigilancia*

«En primer lugar, porque al tratado, al privarle de beneficios, no se le puede castigar más que al que no está necesitado de tratamiento. En segundo lugar, la ejecución de la pena del que no necesita tratamiento también está afectada por la resocialización de modo que no puede convertirse en una mera retención. En tercer lugar, porque la sentencia judicial entendida como sanción abarca tanto a los reclusos que rechazan el tratamiento como a aquellos que lo aceptan. Y, en cuarto lugar, porque el fomento del consentimiento no dejaría de ser una falacia encargada de encubrir el tratamiento impuesto»²²⁶.

Sin embargo, la realidad es otra bien distinta. Habitualmente, la no participación del interno en su tratamiento supondrá la falta de acceso a mayores cotas de libertad²²⁷. En el mejor de los casos, los Equipos Técnicos no contarán con información suficiente para fundamentar el mismo. En el peor, la negativa del interno a participar en el tratamiento propuesto será entendida como negativa al cambio. Como señala Racionero Carmona, en la práctica de las Juntas de Tratamiento no es infrecuente la invocación de la variable de «no participa en actividades de tratamiento», como desvalor de cara al inicio de la trayectoria de reinserción²²⁸.

De este modo, la dinámica general de cumplimiento abona el poso normativo introducido por los artículos 5.2g) y 132 RP y la propia unión entre evolución tratamental y acceso a permisos, tercer grado y libertad condicional sirve más para promover la participación activa del interno en el tratamiento e, indirectamente, el respeto de la normativa regimental, que el verdadero cambio del mismo en cuanto a responsabilidad y autonomía personal. Cervelló Donderis resume la situación en los siguientes términos: «su rechazo no puede provocar la imposición de sanciones, ni la regresión de grado, ni el uso de medios coercitivos, sin embargo el hecho de que su aceptación y colaboración activa sí tenga efectos positivos como el acceso a los beneficios penitenciarios,

Penitenciaria de 2017, punto 12, donde se advierte de la voluntariedad del tratamiento que da contenido a la libertad vigilada, sin que su no realización pueda dar lugar al quebrantamiento de dicha medida.

²²⁶ MAPELLI CAFFARENA, B., 1983, p. 268, coincidente con RACIONERO CARMONA, F., 1999, p. 246; FERNÁNDEZ GARCÍA., J., en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., 2001, p. 379, especialmente en el hecho de que la ejecución de la pena al margen del posible inicio de la trayectoria de reinserción quedaría convertida en pura retención con olvido de la exigencia de la orientación de la pena a la reeducación y reinserción.

²²⁷ Así lo destacan, ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V., 2006, pp. 254-255; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «El tratamiento penitenciario I», en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y RODRÍGUEZ ZÚÑIGA, L., 2001, p. 318; TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, p. 259 y 263-264, quienes refieren que la práctica en realidad es otra por la vinculación que la norma penitenciaria establece entre régimen y tratamiento, de manera que éste acaba incidiendo decididamente sobre el primero. De la misma opinión, GALLEGO DÍAZ, M., *REP*, 2013, p. 105, CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 242.

²²⁸ RÍOS MARTÍN, J., en BUENO ARÚS, F. (Coord.), *Ley General Penitenciaria. Comentarios, jurisprudencia, doctrina*, 2.ª ed, Colex, Madrid, 2005, pp. 488-489; RACIONERO CARMONA, F., 1999, p. 246.

puede hacer pensar que no es tan voluntario como la propia legislación expresa»²²⁹. Aspecto por el que Gallego Díaz habla de las «coacciones indirectas» que pueden suponer la pérdida o el disfrute por parte del interno de determinadas ventajas o beneficios si se deciden a optar por rechazar el tratamiento²³⁰.

Así, paradójicamente y en contra de sus expectativas, el sistema favorece que la adaptación normativa del interno y su participación en el tratamiento sean «metas transitorias de alta rentabilidad»²³¹ en detrimento de su auténtico cambio. El tratamiento queda reducido a mero instrumento a través del que acceder lo antes posible a la dinámica de permisos y el tercer grado. Como advierte Lacal Cuenca:

«Con este proceder hacemos saber a los internos que si quieren obtener algún beneficio, evitando el castigo que obtendrían en caso contrario, deben aceptar y cumplir con su tratamiento. Estamos forzando conductas sin ocuparnos de las emociones negativas, por la obligación de la que derivan, que a través de nuestra actuación generamos (...) En definitiva, no estamos cambiando actitudes. Estamos creando un sistema de recompensas (...) Las cosas que hacemos las hacemos no por lo que representan de mejora personal sino por lo que conllevan de beneficio a más o menos plazo, luego lo que hago lo hago por lo que obtengo circunstancialmente y no por lo que de mejora personal supone»²³².

Por esta vía, desde un punto de vista práctico y utilitario, se acaba premiando al interno más «prisionizado», al que asume la cultura carcelaria²³³. Esto es, tendrán más éxito, en cuanto al acceso a mayores cotas de libertad, aquellos que mejor participen en la dinámica de cumplimiento que se les impone pero no necesariamente quienes hayan experimentado los cambios tratamientos necesarios²³⁴. Con todo ello, se conforma una especie de teatro bien articulado en el que, aparentemente, los números y las dinámicas funcionan, pero donde nada es tan sencillo ni tan bueno como a priori aparenta.

²²⁹ CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 242.

²³⁰ GALLEGO DÍAZ, M., *REP*, 2013, p. 105. Por ello, MANZANARES SAMANIEGO, L., *Individualización científica y libertad condicional*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1984, p. 46, sostiene que: «los únicos beneficios penitenciarios compatibles con un sistema de individualización científica que respete de veras la voluntariedad del tratamiento serían aquellos en los que no jugaran papel alguno las actividades de reeducación y reinserción social en sentido estricto».

²³¹ ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V., 2006, p. 255. RODRÍGUEZ ALONSO, A., RODRÍGUEZ AVILÉS, J. A., 2011, p. 260, refieren cómo la mayoría de los internos ni aceptan voluntariamente el tratamiento ni lo rechazan abiertamente; simplemente pasan de él, entendiéndolo, desde un punto de vista utilitarista, como acatamiento y sumisión a las normas reglamentales, esperando alcanzar todas las ventajas posibles en lo referente a la progresión en grado, los permisos de salida, la libertad condicional o los beneficios penitenciarios.

²³² LACAL CUENCA, P., SOLAR CALVO, P., *Diario La Ley*, 2015, p. 10.

²³³ GALLEGO DÍAZ, M., *REP*, 2013, p. 112.

²³⁴ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *CPC*, 2016, p. 276.

Para Manzanares Samaniego, sólo una desvinculación absoluta entre beneficios penitenciarios y actividades de reinserción o tratamiento permite la voluntariedad de éste y rompe la dinámica que exponemos²³⁵. Siendo esto cierto, consideramos sin embargo que la solución es posible sin romper con la estructura que dibuja el sistema. Como advierte García Arán, se trata de escoger entre «entender los beneficios en coherencia con la declaración del artículo 25.2 CE (...), o calificarlos como medidas realistas adoptadas por simples razones de utilidad práctica para el mejor funcionamiento del aparato penitenciario»²³⁶. Y es que, al mismo tiempo, se consolida lo que vimos que sucedía en el anterior epígrafe. Esto es, la rebaja de las exigencias y expectativas tratamentales junto a la utilización de la libertad condicional y los beneficios penitenciarios como elementos pacificadores y de gobernabilidad en el interior de los centros penitenciarios.

Y todo ello, con consecuencias altamente relevantes tanto desde el punto de vista de la recuperación social de los condenados, como considerando sus derechos. En primer lugar, desde el punto de vista terapéutico, el sistema de recompensas en que se educa a los internos no funciona en el exterior de los centros y dificulta enormemente su adaptación posterior una vez acceden al mundo real. El medio social normalizado es más complejo y pocas veces contempla dinámicas de comportamiento tan simplistas. «Las mejoras personales se llevan a cabo por lo que significan para el individuo»²³⁷ y no por el beneficio que a corto o medio plazo esperamos obtener. A su vez, esta sutil obligatoriedad que se impone sobre los internos conlleva una infantilización de los mismos, atenta contra las bases de su propia dignidad²³⁸ y, de nuevo, limita su desarrollo como ciudadanos autónomos y responsables de sus actos. Como reconoce Mapelli Caffarena:

²³⁵ MANZANARES SAMANIEGO, L., 1984, p. 46.

²³⁶ GARCÍA ARÁN, M., «Los nuevos beneficios penitenciarios: una reforma inadvertida», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1983, n.º 1, pp. 110-112 y 119.

²³⁷ LACAL CUENCA, P., en LACAL CUENCA, P., SOLAR CALVO, P., *Diario La Ley*, 2015, p. 10, refiere que: «El beneficio va per se. Está incluido en la mejora». Sin embargo, el autor destaca el sinsentido que se instaura con la siguiente reflexión: «Como ejemplo significativo, ¿alguien entendería que un joven que estudia una carrera exigiese que el estado, la sociedad en su conjunto que es quien le ha pagado en gran parte dichos estudios estuviese obligado a darle un trabajo a su finalización?» Como refiere el autor: «El beneficio va per se. Está incluido en la mejora».

²³⁸ Ello en contra del artículo 23 de la Instrucción 2/2011, SG.II.PP., sobre el Código Deontológico, ob. cit., que impone el respeto a la dignidad en los siguientes términos: «El personal penitenciario evitará el uso de formas o métodos de cumplimiento de la función pública que atenten contra la dignidad o la propia estima de las personas sometidas a sanciones o medidas penales, absteniéndose en especial de emplear términos o gestos devaluadores, discriminatorios o denigrantes».

«Esta identificación (entre régimen y tratamiento) que después vuelve a corroborarse a través de algunos preceptos de la legislación introduce un factor de excesiva subjetivización en el marco de la ejecución. La ley debe evitar y no potenciar que el interno se someta a éste con el fin de no perder una serie de beneficios penitenciarios ya que como se ha demostrado con abundante referencia empírica cuando el penado sólo se ve impulsado a colaborar con el fin de mejorar su condición penitenciaria la labor resocializadora generalmente termina fracasando»²³⁹.

El mismo autor, en un trabajo posterior, señala que «el sistema tiene el grave inconveniente de que el interno procura simular una progresión para alcanzar un status penitenciario más beneficioso», tildando el resultado de «fraude terapéutico que termina convirtiéndose en un obstáculo para la propia labor de tratamiento»²⁴⁰.

En segundo lugar, si el régimen se subordina al tratamiento, si, como vimos antes, puede incluso ser tratamiento en sí, la conclusión es que el régimen como tal es algo bueno para el interno, con alto nivel terapéutico y escaso rigor normativo. Esta premisa absolutamente idealizada de lo que conlleva la estancia en prisión²⁴¹, resulta en la imposición de cierto *buenismo penitenciario* según el cual lo que la institución demanda al interno es por definición bueno para él. Ello tanto en el aspecto más tratamental, justificando la obligatoriedad que venimos analizando, como en el más regimental, provocando una rebaja importante de los derechos y garantías de quienes se encuentran en prisión. De acuerdo con Rivera Beiras:

«(...) es necesario destacar que la configuración de la pena (privativa de libertad) como tratamiento, ha ido provocando paulatinamente que los derechos fundamentales de los reclusos condenados se conviertan en meros “beneficios penitenciarios”, que se concederán o denegarán en función de una constante evaluación de la conducta y de la personalidad de aquellos. Así, las posibilidades de disfrutar de salidas temporales o de ver anticipada incluso su libertad, se reducirán en función de aquellos criterios óptimos; eso sí, para lograr el gobierno disciplinario de la cárcel. La devaluación de los derechos fundamentales de los presos,

²³⁹ MAPELLI CAFFARENA, B., «La crisis de nuestro modelo legal de tratamiento penitenciario», *Eguzkilore*, n.º extra 2, ejemplar dedicado a las II Jornadas Penitenciarias Vasco-Navarras, Octubre 1989, p. 100.

²⁴⁰ MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, p. 186.

²⁴¹ Como atinadamente consideran TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, p. 259, ello es coherente con la concepción idealista plasmada en la ley, que pone tal énfasis en el tratamiento que efectúa una ordenación del régimen penitenciario a partir de la clasificación en grados en una operación vinculada absolutamente al tratamiento.

con la consiguiente configuración de un “ciudadano de segunda categoría” se va perfilando claramente con esta tecnología punitivo-premial»²⁴².

De este modo, se asume el modelo autoritario de rehabilitación definido por Rotman. De acuerdo con el mismo, y en contraposición a lo que el auto denomina modelo de rehabilitación antropocéntrico, enfocado al cliente y de carácter básicamente voluntario, «el modelo autoritario de rehabilitación, en realidad, no es otra cosa que una versión sutil del antiguo modelo represivo, el cual buscaba el cumplimiento de la misma a través de la intimidación y la coerción. La rehabilitación, en este contexto, es esencialmente un dispositivo técnico que está orientado a moldear al delincuente y asegurar que se adecúe a un patrón predeterminado de pensamiento y comportamiento»²⁴³. Adaptado a nuestro contexto normativo, Cutiño Raya define el tratamiento, más que como unos medios para alcanzar la resocialización de la persona penada, «como una táctica de disciplinamiento. Si la persona acata las normas de régimen interno, si su conducta es adecuada, podrá participar en las actividades educativas, recreativas o culturales, tendrá unas condiciones de vida mejores, disfrutará de permisos. Si es una persona conflictiva, inadaptada o incorregible, sus condiciones empeorarán y sus derechos serán más restringidos»²⁴⁴. De ahí que McNeill destaque la importancia de que en todo proceso rehabilitador la persona «debe ser tratada como un sujeto moral y como otro ciudadano más, en vez de ser considerado como un mero individuo portador de riesgo, el cual debe ser manipulado o ajustado según los intereses de los demás»²⁴⁵.

Y de nuevo, aspectos estructurales de nuestro sistema de ejecución contribuyen al mantenimiento de este *status quo* que describimos. Dos anteriormente apuntados y otro que se añade adicionalmente. En cuanto a los primeros, volvemos a la poco afortunada interpretación constitucional del artículo 25.2 CE y la no configuración de la reinserción y el tratamiento como derecho

²⁴² RIVERA BEIRAS, I., 2009, p. 19.

²⁴³ ROTMAN, E., «Beyond punishment», DUFF, A., GARLAND, E., *A reader on punishment*, Oxford University Press, 1994, p. 292.

²⁴⁴ CUTIÑO RAYA, S., *RECPC*, 2015, p. 35. En términos similares, MAPELLI CAFFARENA, B., *Jornadas sobre sistema penitenciario y derechos humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 123, afirma: «el interés prioritario de las diferentes legislaciones penitenciarias es normalizar toda una serie de mecanismos premiales y de castigo imprescindibles para el funcionamiento de la propia prisión cuya meta, lejos de ser el futuro ciudadano, es el presente recluso». Igualmente, GARCÍA ALBERO, R., «Cumplimiento y ejecución de las penas privativas de libertad. El acceso al tercer grado», en GARCÍA ALBERO, R., TAMARIT SUMALLA, J., 2004, p. 41, al referir que: «La praxis, la ausencia de medios, la masificación carcelaria, así como el anfíbológico marco legal han propiciado contrariamente al espíritu que preside la LOGP una subordinación del tratamiento al régimen, y por ello de la clasificación, cuando no, simple y llanamente, una instrumentalización del tratamiento con fines disciplinarios».

²⁴⁵ MCNEILL, F., «Las consecuencias colaterales del riesgo», *InDret*, n.º 1, 2017, p. 8; BENÍTEZ YÉBENES, J. R., 2017, pp. 210-211.

subjetivo susceptible de amparo²⁴⁶. Igualmente, el concepto tan amplio de tratamiento que vuelve a favorecer la confusión entre régimen y tratamiento que venimos describiendo²⁴⁷. Factores a los que se añade la importante tradición correccionalista de nuestro país que se niega a contemplar al interno como lo que es, un sujeto de derechos limitado únicamente en su libertad. Como acertadamente señala Téllez Aguilera:

«El desafortunado eslogan penitenciario de «odia el delito y compadece al delincuente», desde el frontispicio arqueado de las viejas prisiones españolas, ha ejemplificado una filosofía de doble moral en la que el delincuente mientras está en la calle cometiendo delitos es un ser desalmado que las Fuerzas de Seguridad deben de reprimir sin tregua, pero cuando traspasa el umbral de la prisión, el delito queda en la calle y el hombre entra en el «mundo de la reinserción», donde todos lo tratarán para lograr que vuelva felizmente a la libertad y pueda llevar una vida sin delitos. Idealiza la idea que sólo pueden creer las mentes más ingenuas y que, en el fondo, convierte al interno en un ser minusválido y necesitado de ayuda; una pobre criatura de Dios sobre la que el Estado debe intervenir misericordemente. Por eso, a diferencia de la acogida de la idea de tratamiento, la de que el delincuente es un ciudadano que no se encuentra excluido de la sociedad, un sujeto activo dotado de derechos que puede ejercitar ante la Administración y los Tribunales, sí que ya no fue acogida en nuestro país con tanto agrado». Por ello, «se hace patente la necesidad de partir de una concepción del delincuente ajena a la doble moral antes criticada. La apuesta porque el interno es un ciudadano como otro cualquiera sujeto a la Administración por una relación jurídica cuyo marco jurídico viene encabezado por el artículo 25.2 del texto constitucional e integrado por una serie de derechos que no pueden ser limitados por una vetusta teoría decimonónica, permitirá desterrar esa tan arraigada como errónea creencia de que el recluso es un ser inerte, sometido a la Administración, la cual, siguiendo un «mandato del legislador» dirige su actuación desde parámetros reinsertadores. Reconocer la existencia de un auténtico derecho a la reinserción social del delincuente, sin miedos infundados ni ambages, se torna una asignatura pendiente, que una vez superada permitiría concebirlo como un sujeto activo

²⁴⁶ Recientemente, FANEGA, M., «Jurisprudencia del TEDH: ¿Derecho a Tratamiento Penitenciario?», *RDPP*, n.º 50, 2018, pp. 1-9, analiza la evolución jurisprudencial del TEDH en esta materia y la necesaria consideración del tratamiento como derecho a raíz de la STEDH, Gran Sala 2016, en el asunto *Murray contra Holanda*.

²⁴⁷ Como señala GALLEGÓ DÍAZ, M., *REP*, 2013, pp. 117-118, «al haber incorporado el RP 1996 un concepto de tratamiento distinto –más amplio y formativo– del que profesa la LOGP y, en consecuencia, una mayor difusión y porosidad entre régimen y tratamiento, las actividades de régimen pueden tener al mismo tiempo la consideración de actividades de tratamiento y lo que en principio tendría que ser un derecho constituye al mismo tiempo un deber del interno. Así, por ejemplo, según el artículo 4.2 i) RP es un derecho del interno participar en las actividades del centro, mientras que según el artículo 5.2 es también un deber participar en las actividades formativas, educativas y laborales definidas en función de sus carencias para la preparación de la vida en libertad. Se trata evidentemente de actividades de régimen, por un lado, y de actividades propias del tratamiento, por otro».

que exige la realización de sus derechos y no un mero sujeto pasivo de la bondad y misericordia de la Administración»²⁴⁸.

Y es que, en realidad, el estatus jurídico de los internos en nuestro sistema penitenciario no es tan beneficioso como pudiera inferirse de una primera lectura del mismo. Primar al tratamiento antes que al régimen conforme a los artículos 71 LOGP, 73 RP puede ser bueno a los fines de generación del mejor ambiente de cumplimiento. Sin embargo, configurada bajo este prisma, la pena privativa de libertad adquiere un toque demasiado optimista, olvidando que ante todo, la pena en sí es un mal. Olvido que sin duda contribuye a que nuestro ordenamiento penitenciario se resista a dar carpetazo a conceptos como el de relación de sujeción especial, que han contribuido a que el poder de la Administración se manifieste en ocasiones omnipotente. Tal y como hemos sostenido en trabajos anteriores, la esquematización del cumplimiento de condena en fases diferentes de tratamiento hace que nos olvidemos que la virtualidad auténtica de la ejecución penitenciaria es la de privar de libertad y otros derechos a los condenados. A las consecuencias negativas de esta configuración, se suma también la tradición nacional del concepto de relación de sujeción especial, conforme a la que los internos son sujetos de derecho especialmente sometidos a la práctica administrativa. Es decir, dado que la pena no es principalmente pena en sí, sino una especie de tratamiento, no hacen tanta falta, o no sucede nada especialmente grave en caso de que ciertas de las garantías de cumplimiento sean menores²⁴⁹.

Como resultado, determinadas figuras de nuestra normativa penitenciaria son hoy en día del todo insuficientes desde el punto de vista de las garantías jurídicas de los derechos fundamentales. Especialmente, en lo relativo a los principios de legalidad y *non bis in idem* de la potestad sancionadora, las limitaciones regimentales del artículo 75 RP y el fichero de internos de especial seguimiento (FIES). Y de nuevo, todo ello, con consecuencias para la finalidad de nuestro sistema que se muestra del todo falaz en este punto: tratando de hacer de los internos ciudadanos autónomos y responsables, exige que acaten y respeten un sistema que, sin embargo, les atropella en sus derechos.

²⁴⁸ TÉLLEZ AGUILERA, A., *ADPCP*, 1999, pp. 326 y 334.

²⁴⁹ SOLAR CALVO, LACAL CUENCA, P., *Diario La Ley*, 2013, p. 6.

CAPÍTULO IV

RELACIONES DE SUJECIÓN ESPECIAL: LA APARENTE DESAPARICIÓN DE UN CONCEPTO QUE PERSISTE

1. VIGENCIA DE UN CONCEPTO TRASNOCHADO

El concepto de relación de sujeción especial tienen su cuna en Alemania, siendo en este país donde encuentra su justificación inicial y evolución histórica. El vasallaje y los vínculos de fidelidad que los reyes entablaban con sus soldados, oficiales y sirvientes constituyen su antecedente. Se trata de relaciones en las que lo oficial y lo personal se confundían, de manera que quienes así se unían al rey dependían de él enteramente. La época absolutista, si bien objetiva y despersonaliza las relaciones y vínculos entre los que sirven al rey y éste, conserva esas relaciones de especial vinculación para determinado personal al servicio del monarca. Es posteriormente, en la época de la monarquía constitucional alemana, cuando se perfila definitivamente el concepto de relación de sujeción especial.

Al igual que en otros países, la transición alemana del Estado absoluto a la monarquía constitucional persigue dotar a los ciudadanos de mayores libertades frente a un Estado que se había manifestado omnipresente. Combinando los principios democrático y monárquico, dibuja un sistema en el que el rey pasa a someterse a las decisiones del parlamento, aunque conservando un cierto espacio de gobierno. Espacio que en Alemania se manifiesta de modo más acentuado como vía para cimentar la unidad nacional. En este contexto y dado que las leyes sólo podían emanar del parlamento, los actos que emanan del rey en su parcela de gobierno se consideran al margen de lo jurídico, siendo meras actuaciones administrativas exentas de control judicial. A través de los mis-

mos, se permite una mayor celeridad en la ejecución de sus decisiones, siendo sus destinatarios naturales los funcionarios, los soldados, y posteriormente, como consecuencia de la idea de Estado policía, los internos en centros penitenciarios.

Paralelamente, del lado de la doctrina, Laband y Jellinek son los primeros en acuñar el término de relación de sujeción especial aplicándolo a los funcionarios públicos²⁵⁰. Sin embargo, interesa por su claridad la definición aportada por Mayer al referir como relación de sujeción especial aquella que:

«Significa vínculo de dos personas desiguales desde el punto de vista del derecho, cuyo contenido lo determina la voluntad de la persona superior. En este sentido, la relación entre el Estado y el súbdito es un vínculo de sujeción importante. Pero, principalmente con esta palabra queremos designar una relación de sujeción, creada especialmente para el súbdito o más bien para el derecho público, por la cual el individuo está vinculado respecto del Estado, por efecto de la obligación general de regular su conducta conforme a un cierto interés público»²⁵¹.

Posteriormente, el advenimiento del Estado de Derecho marca un giro importante en el concepto, pues la capacidad de gobierno del rey deja de estar legitimada y en consecuencia, todas las actuaciones estatales han de venir referidas a una previa habilitación legal.

En este sentido, y precisamente relativa al ámbito penitenciario, la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 14 de marzo de 1972 supone un hito al proclamar que: «los derechos fundamentales de los internos en un establecimiento penitenciario sólo pueden ser limitados mediante o en base a una ley». La resolución se refería a un interno que consideraba vulnerado su derecho a la libertad de expresión porque las cartas que enviaba eran intervenidas en virtud de una norma administrativa. El Alto Tribunal alemán estimó sus argumentos y determinó que, con independencia del contexto relacional en que nos encontremos, los derechos fundamentales sólo pueden limitarse a través de una ley²⁵².

Esta resolución dio además el impulso que la doctrina alemana necesitaba para adaptar el concepto de relación de sujeción especial a los postulados del nuevo sistema político. Conforme a la doctrina de ULE que acabó impo-

²⁵⁰ Acerca de sus orígenes, LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones de sujeción especial*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 53 y ss., con referencias a LABAND, P., *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, vol. I, Laupp, Tübingen, 1876; JELLINEK, G., *Gesetz und Verordnung. Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher Grundlage*, Freiburg/ Br., 1887, quienes introducen la expresión alemana de *besonderes Gewaltverhältnis*.

²⁵¹ MAYER, O., *Derecho Administrativo Alemán*, Depalma, Buenos Aires, vol. I, 1982, p. 136.

²⁵² RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, p.455.

niéndose, se distinguen *las relaciones de base y las de funcionamiento*. Las primeras, son aquellas que regulan aspectos que suponen la manifestación de un derecho fundamental. En estos casos, la Administración únicamente puede afectar tal derecho si la relación de sujeción especial se infiere de la Constitución, su limitación se realiza en base a una ley y con ella se persigue un fin público que la Administración tiene encomendado. Todo ello bajo los parámetros de necesidad y proporcionalidad, encontrándose los actos administrativos dictados en aplicación de la ley aludida bajo el más riguroso control judicial. Por su parte, las relaciones de funcionamiento son aquellas referidas a aspectos meramente organizativos, técnicos o internos de la Administración y necesarios para su correcto funcionamiento. Éstas, bajo la justificación de que la Administración necesita de mecanismos de actuación rápidos que no pueden esperar a la promulgación de una ley que los encuadre, tienen la peculiaridad de que pueden regularse a través de reglamentos independientes de la ley. De nuevo, estas normas han de ser medio para alcanzar los objetivos de la Administración que los aplica, pero a diferencia del supuesto anterior, la afectación de derechos fundamentales está excluida²⁵³.

Pues bien, teniendo en cuenta lo anterior, la introducción del concepto de relación de sujeción especial en nuestro país tiene lugar en los años sesenta de la mano de Gallego Anabitarte y en una de sus acepciones más restrictivas, producto de la plena aceptación del Estado de Derecho. En este sentido, el autor señala que:

«El principio de legalidad debe regir en las relaciones especiales de sujeción como consecuencia de la decisión jurídico-constitucional del Estado de Derecho»²⁵⁴.

Sin embargo, tan prometedor afirmación no constituyó obstáculo para el inicio de una corriente jurisprudencial que flexibilizaba la vigencia de los derechos fundamentales y sus garantías en el marco de la relación de la Administración y los internos en centros penitenciarios²⁵⁵. Y ello a pesar de la promulgación de la LOGP que venía más bien a alumbrar el camino contrario.

²⁵³ Profundizan en su estudio, GARCÍA MACHO, A., *Las relaciones de sujeción especial en la Constitución Española*, Tecnos, Madrid, 1992; LASAGABASTER HERRARTE, I., *Las relaciones de sujeción especial*, Cívitas, Madrid, 1994; LÓPEZ BENÍTEZ, M., 1994, *passim*. Sobre la aplicación del concepto al medio penitenciario, TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, pp. 76-81. De manera menos crítica que los anteriores, FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, pp. 489-491.

²⁵⁴ GALLEGO ANABITARTE, A., «Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad en la Administración», *Revista de administración pública*, n.º 34, 1961, p. 50.

²⁵⁵ Exponen los vaivenes jurisprudenciales al respecto, JIMÉNEZ BLANCO, A., «Notas en torno a las relaciones de sujeción especial: un estudio de la Jurisprudencia del TS», *La Ley*, n.º 1968, 13.05.88, pp. 989 y ss.; MAPELLI CAFFARENA, B., «Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario», *EPyC*,

Destacan en este punto diversos pronunciamientos del TC al respecto. Así, la STC de 18 de junio de 1985 refiere que:

«Es claro que el interno en un centro penitenciario está respecto de la Administración en una relación de sujeción especial de la cual deriva para aquella una potestad sancionadora disciplinaria»²⁵⁶.

De forma más extensa y clarificadora a los efectos de entender la aplicación que del principio de legalidad se realiza en el contexto sancionador penitenciario, la STC de 21 de enero de 1987 expone que:

«(...) Debe tenerse en cuenta que la referencia a la legislación vigente en el artículo 25.1 CE tiene un alcance diferente, al menos, en lo que se refiere a la tipificación del ilícito, cuando se trate de la determinación de contravenciones “faltas”, en el seno de una relación de sujeción especial, como es la de los internos en centros penitenciarios. (...) los internos se integran en una institución preexistente que proyecta su autoridad sobre quienes, al margen de su condición común de ciudadanos, adquieren el status específico de individuos sujetos a un poder público que no es el que con carácter general existe sobre el común de los ciudadanos. En virtud de esa sujeción especial, y en virtud de la efectividad que entraña ese sometimiento singular al poder público, el *ius puniendi* no es el genérico del Estado, y en tal medida la propia reserva de ley pierde parte de su fundamentación material, dado el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria»²⁵⁷.

Aunque en un principio la doctrina acogió positivamente la utilización penitenciaria del concepto, en la actualidad se muestra mayoritariamente contraria a que sirva de justificación para la limitación de los derechos de quienes de por sí los tienen ya bastante restringidos²⁵⁸. De hecho, parte de la doctrina reivindica que de existir una categoría jurídica especial en que subsumir la relación de la Administración con los internos en centros penitenciarios, ésta debiera de favorecerlos en tanto que parte débil de la misma²⁵⁹. Y es que, desde el punto de vista de su encuadre jurídico y dada la redacción del artículo 25.2 CE de donde se deriva la consideración de los internos como ciudadanos

n.º 16, 1993, pp. 301 y ss.; CERVELLÓ DONDERIS, V., «La huelga de hambre penitenciaria: fundamento y límites de la alimentación forzosa», *EPyC*, n.º 19, 1996, pp. 129-135; ANDRÉS LASO, A., 2016, pp. 410-415.

²⁵⁶ STC 74/1985, de 8 de junio.

²⁵⁷ STC 2/1987, de 21 de enero.

²⁵⁸ Así, en un primer momento, GARCÍA VALDÉS, C., «Sobre el concepto y contenido de derecho penitenciario», *CPC*, n.º 30, 1986, pp. 661-670; ALONSO DE ESCAMILLA, A., «El control jurisdiccional de la actividad penitenciaria», *CPC*, n.º 40, 1990, pp. 147-164.

²⁵⁹ RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, p. 454. De forma similar, VAN ZYL SMIT, D., SNACKEN, S., 2013, p. 125: «Uno de los objetivos del imperio de la ley es proteger a la parte más débil de las relaciones de poder, es decir, en este caso principalmente a los presos».

no excluidos de la sociedad, la defensa de las relaciones de sujeción especial en el contexto de la Administración Penitenciaria se vuelve muy forzada²⁶⁰. Máxime si tenemos en cuenta sus importantes consecuencias. Como señalan otros autores, la utilización del concepto de relación de sujeción especial permite, por ejemplo, establecer un régimen sancionador específico de carácter puramente reglamentario sin justificación jurídica para ello y que va más allá de lo que es su finalidad de «garantizar la seguridad y el buen orden regimental y a conseguir una convivencia ordenada» (art. 231.1 RP), al castigar conductas que suceden fuera del centro penitenciario²⁶¹.

Influido por las críticas y consecuencia de las propias discusiones que esta controversia ha generado en su seno, el TC parece haberse replanteado su postura y ha atemperado en mucho la que venía manteniendo²⁶². En la archiconocida sentencia sobre la huelga de hambre de los internos pertenecientes a la banda GRAPO y a pesar de permitir finalmente su alimentación forzosa, lo cierto es que el Alto Tribunal modifica un tanto su postura al precisar que:

«Las relaciones de sujeción especial son de naturaleza imprecisa, debiendo entenderse en sentido reductivo compatible con el valor preferente que corresponde a los derechos fundamentales»²⁶³.

Paralelamente, destaca la Sentencia de 10 de diciembre de 1991 que mencionaremos de nuevo al tratar del principio *non bis in idem*, al reclamar una cierta relación entre ley y restricción de derechos fundamentales aún en este tipo de relaciones²⁶⁴.

A su vez, las SSTC de 11 de septiembre de 1995 y 18 de marzo de 1997 inciden en la necesidad de que el poder que se ejerce sobre los internos en base a esa relación especial se ejercite con «respeto a normas legales de estricta observancia, (...) de acuerdo con la finalidad propia de dicha relación (art. 1 LOGP) y con el valor preferente de los derechos fundamentales del recluso que el artículo 25.2 CE expresamente le reconoce»²⁶⁵.

Por último, la STC de 25 de marzo de 1996 refiere que del concepto que analizamos no sólo se derivan limitaciones para los internos, sino también obligaciones de la Administración a la hora de asegurar el disfrute de los dere-

²⁶⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «La huelga de hambre en el ámbito penitenciario», *CPC*, n.º 30, 1986, pp. 603 y ss.

²⁶¹ ASENSIO CANTISÁN, H., «Régimen disciplinario y procedimiento sancionador», *REP*, n.º extra, 1989, pp. 30 y ss.

²⁶² RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, p. 455.

²⁶³ STC 120/1990, de 27 de junio.

²⁶⁴ STC 234/1991, de 10 de diciembre.

²⁶⁵ SSTC 129/1995, de 11 de septiembre y 60/1997, de 18 de marzo.

chos de los primeros que no se encuentren restringidos. Concretamente: «... la relación de sujeción especial entre el recluso y la Administración Penitenciaria permite limitar ciertos derechos fundamentales por razón del mismo condicionamiento material de la libertad, pero a la vez impone que se proteja y facilite el ejercicio de los demás derechos que no resulten necesariamente limitados»²⁶⁶.

Pues bien, pese a los avances jurisprudenciales destacados y las críticas doctrinales al concepto que exponemos, lo cierto es que la norma penitenciaria no se ha adaptado aún a sus exigencias. Contrariamente a lo que resultaría adecuado, hemos importando a nuestro derecho interno un concepto extranjero que choca con nuestro sistema normativo actual²⁶⁷. Y ello a pesar de que en su lugar de origen ya se había producido la evolución que aquí se reclama. Así, en Alemania, la sentencia de 14 de marzo de 1972 antes aludida fue de vital importancia de cara a la configuración de la relación jurídica entre la Administración Penitenciaria y los internos. Estos aparecen dotados de derechos y se reformulan los fines y principios de la pena de prisión. Aspectos plasmados en la Ley Penitenciaria Alemana de 1976 y que configuran un sistema respetuoso con el Estado de Derecho. Mientras, nuestra LOGP recoge tales resultados, los derechos de los internos y los innovadores fines de la pena, pero olvida dar un paso más asegurando la estructura del sistema con una arquitectura jurídica sólida²⁶⁸.

²⁶⁶ STC 48/1996, de 25 de marzo.

²⁶⁷ Igual de críticos que los anteriores, GONZÁLEZ NAVARRO, F., «Poder domesticador del Estado y Derechos del recluso», en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (Coord.), *Estudios sobre la CE*, Homenaje a García de Enterría, Civitas, Madrid, 1991, pp. 1054-1198; MAPELLI CAFFARENA, B., *EPyC*, 1993, p. 302; Del mismo autor, «El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional», en RIVERA BEIRAS, I., 1994, p. 18; igualmente, 2011, de manera general, pp. 159 y ss., en concreto para el principio de legalidad, pp. 176-178. Por su parte, RIVERA BEIRAS, I., *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*, Bosch, Barcelona, 1997; «La doctrina de las relaciones de sujeción especial en el ámbito penitenciario la zona del no-derecho», en VV. AA., *Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción*, Bosch, Barcelona, 2000; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., 2001, p. 288. Una visión de sus consecuencias en el medio penitenciario, SOLAR CALVO, P., *Restricciones de derechos fundamentales de los internos en centros penitenciarios*, Dykinson, Madrid, 2013.

²⁶⁸ A pesar de que analizamos la influencia del concepto de relación de sujeción especial en relación a los aspectos que consideremos más relevantes de la normativa penitenciaria, lo cierto es que su vigencia impregna múltiples aspectos del cumplimiento que tienen en común la merma de Derechos de los internos que implican. Así, MAPELLI CAFFARENA, B., «Contenido y límites de la privación de libertad (Sobre la constitucionalidad de las sanciones disciplinarias de aislamiento)», *Eguzkilore*, n.º extraordinario 12, 1998, pp. 87-105, realiza un interesante análisis de cómo el concepto de relación de sujeción especial ha servido para permitir, en contra del artículo 25.3 CE, la imposición de una sanción privativa de libertad –la sanción de aislamiento en celda– por la Administración Penitenciaria. Igualmente, desde el punto de vista de los principios de legalidad y proporcionalidad, CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 334-336. En otro ámbito, Díez RIPOLLÉS, J. L., *CPC*, 1986 y CERVELLÓ DONDERIS, V., *EPyC*, 1996, pp. 49-164, analizan la utilización del mismo concepto para justificar la alimentación forzosa de los internos. Finalmente, como ejemplo de hasta qué punto el concepto de relación de sujeción especial impregna nuestra jurisprudencia,

2. DÉFICITS DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO EN LA NORMA PENITENCIARIA

La postura doctrinal mayoritaria admite actualmente que la diferencia entre el Derecho Administrativo sancionador y el Derecho Penal es meramente formal y no cualitativa. De ahí que, siendo imposible establecer una diferencia sustancial entre ellos, son idénticos los principios normativos vigentes para ambos²⁶⁹. Así lo recoge el Título IX de la Ley 30/92 al que el artículo 232.1 RP se remite; remisión que, a partir del 1 de octubre de 2016 ha de entenderse referida al Capítulo III del Título I de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que aborda a partir de ahora los principios de la potestad sancionadora²⁷⁰.

Sin embargo, esta doctrina se matiza en el sentido de reconocer ciertas peculiaridades en cuanto a la aplicación de dichos principios al procedimiento administrativo sancionador. A tenor del TC se trata de principios estructurales del ordenamiento sancionador, pero su asunción en el ámbito administrativo no supone su aplicación directa, sino que requieren un proceso de adaptación previo en aras a su efectividad práctica²⁷¹. Como señaló igualmente el Alto Tribunal, la extensión de los principios propios del sistema penal al orden administrativo sancionador no puede ser mimética, so pena de perder las ventajas de agilidad y flexibilidad del procedimiento no jurisdiccional asociado al ejercicio de la capacidad sancionadora a la Administración²⁷².

la resolución de la Audiencia Provincial origen de la STC 106/2012, de 21 de mayo, justifica el registro de celda de un interno en los siguientes términos: «si nos atenemos a la esencia de la relación creada entre los centros penitenciarios y los penados que por un lado impide considerar la celda en los mismos términos que a los del domicilio y por otro impone la adopción de medidas de seguridad y normas organizativas propias derivadas de la especial naturaleza de aquella relación». La misma autora ofrece una completa visión sobre el concepto y sus variadas consecuencias desde el punto de vista de los derechos de los internos, en CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 140-143.

²⁶⁹ BAJO FERNÁNDEZ, M., «El Derecho Penal: Concepto y Principios», y CANCIO MELIÁ, M., «Principios del Derecho Penal (II)», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., 2015, pp. 50 y 110-112, respectivamente. En el mismo sentido y exponiendo su concreta adaptación al régimen disciplinario penitenciario, DE LEÓN VILLALBA, F. J., «Régimen disciplinario y recompensas», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R., 2015, pp. 306-314.

²⁷⁰ La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en vigor desde el 2 de octubre de 2016, establece en su Disposición Derogatoria Única, 2 a) la derogación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Sin embargo, en lo que nos ocupa, la Ley 30/92 es sustituida por la Ley 40/2015 referida. Con carácter general, el punto 1 de las *Conclusiones de las Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria de 2017* destaca la necesaria adaptación de la potestad sancionadora penitenciaria a ambas modificaciones normativas.

²⁷¹ SSTC 22/1990 y 246/1991, de 19 de diciembre.

²⁷² SSTC 2/1987, de 21 de enero; 181/1990, de 15 de noviembre. Así lo recoge, CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 326, cuando reconoce que: «La potestad sancionadora de la Administración queda sujeta

Lo anterior significa que la disminución de garantías en el procedimiento sancionador no podrá suponer su eliminación, sino su adaptación gradual. A la vez que su justificación no podrá ligarse a la existencia de una relación de sujeción especial, sino a la naturaleza especial del procedimiento y la finalidad concreta del mismo. Como vamos a ver, nada de esto se cumple en materia penitenciaria²⁷³.

2.1 La defectuosa asunción del principio de legalidad en la disciplina penitenciaria

Teniendo lo anterior en cuenta y en relación al principio de legalidad, el TC interpreta que el artículo 25.1 CE determina una reserva de ley relativa o limitada para el procedimiento administrativo sancionador, siendo posible la colaboración reglamentaria en la definición de los ilícitos y sanciones disciplinarias²⁷⁴. De acuerdo con ello, el artículo 27 Ley 40/2015, tal y como hacía el artículo 129 de la anterior Ley 30/92, determina que sólo son infracciones administrativas las previstas como tales en una ley, permitiendo en su apartado 3 el desarrollo de las mismas en disposiciones reglamentarias si introducen:

«Especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la ley contempla, contribuyan a la más

con matices a los mismos principios informadores del Derecho Penal al compartir su naturaleza de Derecho sancionador».

²⁷³ Una visión crítica sobre nuestro régimen disciplinario en ASENCIO CANTISÁN, H., *REP*, 1989, pp. 30 y ss.; del mismo autor, «Régimen disciplinario y medidas coercitivas», en VV.AA., *Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria de 1992*, CGPJ, Madrid, 1993, pp. 113-134; GARRIDO MARTÍNEZ, A., LÓPEZ ARAUJO, J. F., «El procedimiento sancionador. Un análisis sistemático», *REP*, n.º 248, 2000, pp. 69-136; RENART GARCÍA, F., *El régimen disciplinario en el ordenamiento penitenciario español: luces y sombras*, Universidad de Alicante, 2002; TÉLLEZ AGUILERA, A., «El régimen disciplinario penitenciario», *La Ley Penal*, n.º 8, 2004, pp. 23-46. Del mismo autor, con una perspectiva más amplia y abiertamente crítica con el concepto de relación de sujeción especial, Seguridad y disciplina penitenciaria: *un estudio jurídico*, Edisofer, Madrid, 1998. Igualmente, SOLAR CALVO, P., «Régimen disciplinario en las cárceles: cuestiones que motivan su reforma», *Diario La Ley*, n.º 7440, Sección Doctrina, 07. 07. 10. De manera completa, TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, pp. 215-252; CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 324-343, quienes repasan principios, contenido y procedimiento del régimen disciplinario penitenciario. Por su parte, RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, pp. 453-507, realizan un completo estudio del mismo y tratan de dar respuestas prácticas a sus carencias. Para una visión sistemática, más alineada con el estado actual de las cosas, FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, pp. 663-695.

²⁷⁴ SSTC 61/1990, de 29 de marzo, FJ 8; 177/1992, de 2 de noviembre, FJ 2; 242/2005, de 10 de octubre, FJ 2 y 162/2008, de 15 de diciembre, FJ 1. En el mismo sentido, LASCURÁIN SÁNCHEZ, J. A., «Principios del Derecho Penal (I). El principio de Legalidad y las Fuentes del Derecho Penal», en LASCURÁIN SÁNCHEZ, J. A. (Coord.), 2015, p 80; CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 20-24.

concreta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes».

Sin embargo, en contra tanto del criterio del TC, como del artículo 27 de la Ley 40/2015, el artículo 42 LOGP determina que «los internos no serán corregidos sino en los casos establecidos en el Reglamento y con las sanciones expresamente previstas en esta Ley», siendo los artículos 108, 109, 110 RP de 1981, que se mantiene vigente en lo que a régimen sancionador se refiere, los que efectivamente determinan las infracciones disciplinarias²⁷⁵.

Como vemos, la formulación del principio de legalidad que realiza la legislación penitenciaria no sólo es insuficiente, sino incluso de dudosa constitucionalidad respecto de la reserva de ley en esa materia²⁷⁶. La concurrencia de la relación de sujeción especial o, al menos, su reminiscencia, ha ocasionado que esa permitida adaptación del principio de legalidad en el ámbito sancionador penitenciario se haya transformado en una limitación inaceptable de garantías²⁷⁷. Aun teniendo en cuenta la reserva no absoluta de ley en materia de ejecución penitenciaria (art. 3.2 CP), Mapelli Caffarena, advierte que «el principio de legalidad sólo es respetado cuando los reglamentos cumplen con el cometido que tienen asignados en la pirámide normativa y que no es otro que el desarrollo de la ley». De acuerdo con el mismo autor, «la LOGP abusa de la técnica de remisiones, tanto en la cantidad, como en la importancia de los temas remitidos, lo que, en la práctica, ha originado que sea éste y no la ley el que determina y orienta el régimen penitenciario»²⁷⁸. Aspecto que se manifiesta en el régimen disciplinario cuya determinación se deja enteramente al RP. Como señala Cervelló Donderis:

²⁷⁵ Durante la tramitación parlamentaria de la LO 13/1995, de 18 de diciembre, de modificación de la LOGP, se intentó la introducción en el articulado de la Ley del listado detallado de las infracciones disciplinarias. Sin embargo, que la propuesta naciera cuando el texto se encontraba en el Senado provocó su rechazo al considerarse una modificación sorpresiva carente del debate previo necesario. El juego político impidió una evolución necesaria. Lo sorprendente es que ese catálogo no fuera incluido posteriormente en el RP de 1996, si no para cumplir con el mandato del artículo 25.1 CE, sí al menos para adaptar el catálogo de faltas a la realidad penitenciaria. FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, p. 671.

²⁷⁶ DE LEÓN VILLALBA, F.J., «Régimen disciplinario y recompensas», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R., 2015, p. 309. Igualmente, analizan de manera crítica la situación, LADRON PUJÁN, L., «Principio de legalidad y relaciones de sujeción especial», *Revista de Ciencias Penales*, vol. 1. n.º 1, 1998, pp. 145 y ss.; PÉREZ YÁÑEZ, E.M., «Principio de legalidad y relaciones de sujeción especial en el ámbito penitenciario», *Revista de Ciencias Penales*, vol. 1. n.º 1, 1998, pp. 161-188.

²⁷⁷ TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, p. 221. Detalla las consecuencias de la débil asunción penitenciaria del principio de legalidad, MATA Y MARTÍN, R. M., «El principio de legalidad en el ámbito penitenciario», *RGDP*, n.º 14, 2010, pp. 21 y ss.

²⁷⁸ MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, pp. 27-28 y 163, respectivamente.

«Las remisiones son en ocasiones excesivas y vulneran la reserva de ley, especialmente en una serie de materias en las que, pese a afectar a derechos fundamentales, son reguladas en el RP o incluso en Circulares e Instrucciones como la sanción de aislamiento en celda, las infracciones disciplinarias o el régimen cerrado»²⁷⁹.

Es más, a pesar de que fue el TC en la Sentencia 2/1987, de 21 de enero, el que dio el visto bueno a regulación de las infracciones, basándose en la naturaleza especial de la relación Administración-interno y «el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria, expresiva de la autodeterminación correspondiente, para determinar en concreto las previsiones legislativas abstractas sobre las conductas identificables como antijurídicas en el seno de la institución», lo cierto es que la situación actual no se adecua a su jurisprudencia más reciente que como hemos apuntado, permite la graduación de las garantías sancionadoras pero no su supresión. Así, la STS 61/1990, que en su FJ 8 señala:

«Una cosa es, en efecto que quepan restricciones en el ejercicio de los derechos en los casos de sujeción especial y otra que los principios constitucionales (y derechos fundamentales en ellos subsumidos) puedan ser también restringidos o perder eficacia y virtualidad. No se puede relativizar un principio sin riesgo a suprimirlo. Y siempre deberá ser exigible en el campo sancionatorio (no hay duda en el penal) el cumplimiento de los requisitos constitucionales de legalidad formal y tipicidad como garantía de la seguridad jurídica del ciudadano. Otra cosa es que esos requisitos permitan una adaptación –nunca supresión– a los casos e hipótesis de relaciones Administración-administrado y en concordancia con la intensidad de la sujeción».

Esta adecuación al principio de legalidad que reclamamos está lejos de ser una mera adaptación formal a las exigencias de determinadas garantías jurídicas. La misma tendría efectos prácticos fundamentales para el estatus jurídico de los internos al corregir errores del régimen sancionador repetidamente señalados por la doctrina²⁸⁰. En primer lugar, dotar de carácter legal al catálogo de

²⁷⁹ CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 22, como reconoce de nuevo al abordar el régimen disciplinario, pp. 326-327, donde refiere que concurre una: «llamativa vulneración de la reserva de ley ha sido justificada por el TC en virtud de la relación de sujeción especial que expresa una capacidad de autoordenación de la Administración».

²⁸⁰ ASENCIO CANTISÁN, H., *REP*, 1989, pp. 30 y ss. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, p. 371, quienes reclaman: «la reforma del artículo 42 LOGP en términos tales que formulen una nueva sistematización del actual catálogo de infracciones disciplinarias de los reclusos, que giren básicamente en considerar como faltas muy graves aquellos actos que entrañen violencia contra las personas o pongan en riesgo su integridad, como faltas graves aquellas conductas que entrañen ataques verbales contra las personas o daños dolosos respecto de las cosas, y como faltas leves los restantes comportamientos infractores de los deberes de los reclusos protagonizados por estos».

infracciones disciplinarias serviría para lograr una redacción más depurada del mismo en términos de adecuación a principios jurídicos básicos en materia sancionadora, asumidos tanto por la Ley 30/92 como por la actual Ley 40/2015. A la par, el resultado sería más acorde a la realidad penitenciaria. En la actualidad, aplicar el RP de 1981 a estos efectos, no sólo resulta anticuado sino, en muchas ocasiones y por los mismos tipos que contempla, ridículo²⁸¹.

En el sentido que referimos, De León Villalba señala como principales errores sistemáticos de la regulación del régimen penitenciario los siguientes: tratamiento normativo idéntico de conductas de diversa gravedad –autoría y mera participación en el artículo 108 a)²⁸² y formas perfectas e imperfectas de ejecución en el artículo 108 e)²⁸³–; frecuente uso de conceptos jurídicos indeterminados como faltar grave o levemente a los funcionarios (arts. 109 a) y 110 a); la desproporción del castigo de algunas conductas cuya tipicidad ha quedado anticuada como «atentar contra la decencia pública con actos de grave escándalo y trascendencia» (falta muy grave del art. 108 i), o el «organizar o participar en juegos de suerte, envite o azar, que no se hallaren permitidos en el establecimiento» (falta grave del art. 109 g); y finalmente, la utilización de la analogía *in malam partem* en el artículo 110 f), que continúa castigando «cualquier otra acción u omisión que implique incumplimiento de los deberes y obligaciones del interno, produzca alteración en la vida regimental y en la ordenada convivencia y no esté comprendida en los supuestos de los artículos 108 y 109, ni en los apartados anteriores de este artículo», a pesar de que el artículo 27.4 de la Ley 40/2015 y, específicamente para el ámbito sancionador penitenciario, el propio artículo 232.1 RP de 1996 proscriben la aplicación analógica²⁸⁴.

En segundo lugar, la tipificación legal de las infracciones en términos de proporcionalidad y necesidad, ayudaría a corregir determinados excesos actuales en relación a la propia finalidad y ámbito de aplicación del régimen sancionador. A nuestro entender, en contra de los artículos 41.1 y 231.1 RP que determinan como finalidad del régimen disciplinario «garantizar la seguridad y el buen orden regimental y a conseguir una convivencia ordenada», el artículo 231.2 RP convierte en principio general lo que el RP de 1981 permite

²⁸¹ *Conclusiones de las Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria de 2017*, punto 2. Para una visión más amplia, SOLAR CALVO, P., *Diario La Ley*, 2010, pp. 2-3, donde repasamos las diferentes infracciones y sus deficiencias desde el punto de vista de los principios de la potestad sancionadora.

²⁸² En concreto, se castiga el «participar en motines, plantes o desórdenes colectivos, o instigar a los mismos si éstos se hubieran producido».

²⁸³ Incluye sin distinciones el «intentar, facilitar o consumir la evasión».

²⁸⁴ DE LEÓN VILLALBA, F. J., «Régimen disciplinario y recompensas», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R., 2015, p. 315. Igualmente, el AJVP de Pamplona de 05.10.07, *Jurisprudencia Penitenciaria 2000-2014. Volumen dedicado al Régimen Disciplinario*, SG.II.PP., Madrid, 2015, pp. 674-675.

para algunas de las conductas que tipifica –en concreto, los arts. 108 b), 109 a) y 110 a)²⁸⁵–. Esto es, posibilita castigar con carácter general conductas acaecidas en el exterior de los centros penitenciarios que se encuadren en cualquiera de las infracciones previstas. De acuerdo con el mismo, «el régimen disciplinario se aplicará a todos los internos (...) tanto dentro de los Centros penitenciarios como durante los traslados, conducciones o salidas autorizadas que se realicen». Ello a pesar de la escasa vinculación de los supuestos de hecho cometidos en el exterior del centro con la finalidad que el apartado del mismo precepto²⁸⁶ y en contra, por tanto, de los principios de proporcionalidad y necesidad de toda actuación sancionadora.

De hecho, ciertas resoluciones judiciales que avalan esta postura, reinterpretan el ámbito de la potestad disciplinaria acotándolo al interior de los centros penitenciarios, incluso para esas infracciones que, al margen del artículo 231.2 RP y por sí solas, específicamente prevén su aplicación en el exterior de los mismos. En primer lugar, referente a lo que entiende que es el sentido del régimen disciplinario, el AJVP de Lugo de 16.10.12 recuerda que:

«En el presente caso las expresiones y actuaciones consumadas por el interno durante el traslado y, sobre todo, en el hospital, fuera por tanto del Centro Penitenciario, no comprometen el buen orden y seguridad del Establecimiento y afectarán a otros bienes jurídicos que podrán ser exigidos en la vía penal ordinaria pero no en la de carácter disciplinario-penitenciario. Las circunstancias del lugar y presunto sujeto pasivo (no se trata de autoridad o funcionario judicial o de instituciones penitenciarias) rebasan el ámbito puramente disciplinario por lo que la previsión de que tal actuación consumada resulta disciplinariamente sancionable resulta una extralimitación reglamentaria al sobrepasar el fundamento y fines del régimen disciplinario de los establecimientos penitenciarios recogidos en el artículo 41 de la Ley Orgánica General Penitenciaria»²⁸⁷.

En la misma línea, el AJCV de 31.03.13, deja sin efecto una sanción por consumo de sustancias tóxicas, al haberse cometido la infracción durante un

²⁸⁵ De acuerdo con el artículo 108 b), se considera falta muy grave: «Agredir, amenazar o coaccionar a cualesquiera personas dentro del establecimiento o a las autoridades o funcionarios judiciales o de instituciones penitenciarias, tanto dentro como fuera del establecimiento si el interno hubiera salido con causa justificada durante su internamiento y aquéllos se hallaren en el ejercicio de sus cargos o con ocasión de ellos». Infracción que encuentra réplica en los artículos 109 a) y 110 a) en forma de infracción grave y leve.

²⁸⁶ DE LEÓN VILLALBA, F.J., «Régimen disciplinario y recompensas», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R., 2015, p. 315, va más allá y señala la dificultad de vincular algunas faltas cometidas en el interior de la prisión con la seguridad y la convivencia en el centro como sucede en el caso del artículo 110 b) que castiga la «desobediencia de las órdenes recibidas de los funcionarios de instituciones penitenciarias en ejercicio legítimo de sus atribuciones que no causen alteración de la vida regimetal y de la ordenada convivencia».

²⁸⁷ *Jurisprudencia Penitenciaria 2012*, ob. cit., p. 361. Sustenta esta postura, CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 326.

permiso y, por tanto, fuera del ámbito de la prisión. Ello, sin perjuicio de las consecuencias tratamentales que tal conducta pueda tener y la relevancia de su valoración de cara a futuras salidas²⁸⁸. Más clarificadores si cabe, los Autos del JVP de Ciudad Real de 25.02.13 y 16.12.13, que estiman los recursos interpuestos al haberse cometido los hechos durante un funeral y en los calabozos judiciales, respectivamente, y a pesar de venir referidos a infracciones del artículo 109 a) RP de 1981²⁸⁹. A tenor del último de los autos destacados:

«(...) Es evidente que las imputaciones dirigidas al interno carecen de virtualidad como para ser sancionables, ya que el mismo se encontraba en los calabozos de los Juzgados de Albacete, y si del relato de hechos se pudiere inferir que durante dicho ingreso el interno pudiera haber cometido una o varias infracciones penales, lo que pudiera ser constitutivo de un delito y/o de falta, tales circunstancias de lugar y presunto sujeto pasivo, rebasa el ámbito puramente disciplinario, por lo que se entiende que, en su caso, tales presuntos hechos, no pueden ser valorados desde el régimen estrictamente disciplinario, debiendo remitirse su conocimiento al órgano Judicial correspondiente, debiendo únicamente de ser tenido en cuenta, en su caso y con todas las circunstancias concurrentes, desde el punto de vista penitenciario, para la concesión o no de nuevos permisos, clasificación, etc., por todo lo cual procede declarar sin efecto el acuerdo sancionador de fecha 26 de noviembre pasado».

Postura jurisprudencial que se reitera en los Autos del JVP de Pamplona de 13.12.11 y JVP de Ciudad Real de 07.07.11²⁹⁰ y, más recientemente, en los Autos del JVP de Ciudad Real de 10.06.15 y JVP de Zaragoza n.º 2 de 19.08.15²⁹¹ y cuya importancia debiera ser apreciada. Sus razonamientos han permitido delimitar con mayor precisión la conveniencia de la aplicación del régimen disciplinario también para el interior de los centros penitenciarios. Ejemplo de ello el JVP de Zaragoza n.º 1 de 31.10.12 que declara la extralimitación de la aplicación disciplinaria a hechos acaecidos en el seno de correspondencia privada al no incidir en el ámbito que el artículo 231.1 RP acota²⁹². A su vez, superando el ámbito propio del principio de legalidad, si la norma

²⁸⁸ «En el presente caso, se desprende de los hechos probados que el consumo se ha producido durante un permiso y fuera del ámbito de la prisión. Por tanto no cabe sancionar, máxime cuando no consta que se hubiese impuesto esta condición en el Auto de concesión de permiso, por lo que procede estimar el recurso formulado por el interno arriba mencionado. Ahora bien, que no quepa sanción no significa que no pueda valorarse esta conducta a efectos de futuros permisos», *Jurisprudencia Penitenciaria 2013*, ob. cit., pp. 643-644.

²⁸⁹ *Jurisprudencia Penitenciaria 2013*, ob. cit., pp. 643-647.

²⁹⁰ *Jurisprudencia Penitenciaria 2000-2014. Volumen dedicado al Régimen Disciplinario*, ob. cit., pp. 466-468.

²⁹¹ *Jurisprudencia Penitenciaria 2015*, SG.II.PP., Madrid, 2016, pp. 381-385.

²⁹² *Jurisprudencia Penitenciaria 2000-2014. Volumen dedicado al Régimen Disciplinario*, ob. cit., pp. 460-462.

asumiera esta postura jurisprudencial, se evitaría también gran parte la confrontación que se da entre régimen disciplinario y el principio *non bis in idem*. Tal y como reconoció el AAP Granada de 20.01.03, para el caso de un quebrantamiento de permiso, restringir la respuesta estatal al ámbito penal y entender que no concurre menoscabo del orden y la seguridad del establecimiento, evita la habitual duplicidad sancionadora, sin duda contraria al principio que pasamos a abordar²⁹³.

2.2 La peculiar aplicación penitenciaria del principio *non bis in idem*

En cuanto al principio *non bis in idem*, tanto el artículo 25.1 de la CE como el anterior artículo 133 de la Ley 30/92 y el ahora vigente artículo 31 de la Ley 40/2015, contemplan la vigencia del mismo en el ámbito del derecho sancionador administrativo, infiriéndose igualmente su aplicación al derecho disciplinario penitenciario del artículo 232 RP. Sin embargo, la concurrencia habitual de pena y sanción por un único hecho cometido en un establecimiento penitenciario, bien merece que estudiemos la situación. Máxime si, como señala Mapelli Caffarena, «nuestra Administración, con una considerable potestad sancionadora, ha hecho siempre una interpretación muy restrictiva de esos criterios con el fin de hacer compatibles los dos órdenes sancionatorios»²⁹⁴.

El principio *non bis in idem* tiene tradicionalmente dos vías de actuación²⁹⁵. Una material, conforme a la cual se prohíbe la duplicidad de sanciones en el mismo orden o en el orden penal y administrativo cuando concurre identidad de hecho, sujeto y fundamento o bien jurídico protegido. En otras palabras, se define el aspecto material del principio que tratamos como «la prohibición de un nuevo castigo una vez se ha agotado el contenido del injusto y la culpabilidad del hecho»²⁹⁶. En cuanto a su fundamento:

²⁹³ *Jurisprudencia Penitenciaria 2000-2014. Volumen dedicado al Régimen Disciplinario*, pp. 483-484.

²⁹⁴ MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, p. 30. A pesar de que nos referimos a nuestro contexto jurídico, VAN ZYL SMIT, D., SNACKEN, S., 2013, pp. 442-444, exponen la situación desde el punto de vista del Derecho Comparado, mostrando la disyuntiva en que se encuentran los diferentes estados a la hora de elegir imponer una infracción administrativa, una sanción penal, o ambas.

²⁹⁵ Sobre el concepto de *non bis in idem*, PÉREZ MANZANO, M., «Principios del Derecho Penal (II)», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., 2015, pp. 112-114. Sobre su concreta aplicación al medio penitenciario, destaca el análisis crítico que realizan TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, pp. 224-228. A su vez, DE LEÓN VILLALBA, F.J., «Régimen disciplinario y recompensas», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R., 2015, p. 312.

²⁹⁶ SCHROEDER, «Die Rechtsnatur des Grundsatzes *ne bis in idem*», *Juristische Schulung*, 1997, p. 230.

«Cuando el legislador prevé una sanción para un hecho tipificado como infracción, está obligado por el principio de proporcionalidad a mantener una adecuación entre la gravedad de la primera y la segunda, de ahí que aplicar una nueva sanción, en el mismo orden punitivo o en otros distintos, representaría la ruptura de esa consonancia, una sobre reacción del ordenamiento jurídico, que está infringiendo al sujeto un mal sobre sus bienes mayor o descompensado con respecto al cumplimiento que ha desarrollado el mandato jurídico. En última instancia, el principio *non bis in idem* está basado, como en definitiva lo está todo el Derecho, en la idea de justicia, esto es, en la concepción de que a cada uno el ordenamiento jurídico debe compensarlo o punirlo según su conducta, de forma que iría en contra de la misma una regulación sancionadora que permitiera penalizar al infractor de forma desproporcionada»²⁹⁷.

La segunda vía, de carácter procesal, impide encartar a una persona en más de un procedimiento de naturaleza sancionadora cuando el hecho cometido cumpla con el requisito de la triple identidad. De modo secundario, impone en caso contrario, la prevalencia del orden penal que se plasma en la obligación de suspensión del procedimiento administrativo sancionador hasta que no finalice el procedimiento penal, y la necesaria coordinación de los órganos intervinientes, pues «unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado»²⁹⁸. Esta vinculación de la Administración a la determinación fáctica llevada a cabo por los órganos judiciales penales, implica que la reanudación del procedimiento administrativo tiene como único objeto la calificación y sanción de los hechos, ya fijados en vía penal, conforme a la legislación administrativa; esto es, determinar si son constitutivos de infracción administrativa, y, en su caso, imponer la sanción que corresponda a los mismos²⁹⁹.

El TC, en desarrollo interpretativo del artículo 25 CE, pasó por una primera etapa en que negaba la aplicación del *non bis in idem* al ámbito del derecho administrativo sancionador. Se apoyaba para ello en el concepto de relación de sujeción especial antes analizado, expresándose del siguiente modo:

«El principio *non bis in idem* no aparece constitucionalmente consagrado de manera expresa, pero esta omisión no impide reconocer su vigencia en nuestro ordenamiento jurídico, donde está íntimamente unido a los de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos en el artículo 25.1 CE. Dicho principio impone por una parte la prohibición de que, por autoridades de un mismo orden y a través

²⁹⁷ DEL REY GUANTER, S., *Potestad sancionadora de la Administración y jurisdicción penal en el orden social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990, p. 121.

²⁹⁸ STS 77/1983, de 3 de octubre.

²⁹⁹ PÉREZ MANZANO, M., «Principios del Derecho Penal (II)», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., 2015, p. 114.

de procedimientos distintos, se sancione repetidamente una conducta, por entrañar esta posibilidad una inadmisibles reiteración del “ius puniendi” del Estado, y por otro lado, una prohibición de duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, a excepción de aquellos supuestos en los que, derivados de una relación de supremacía especial de la Administración, esté justificado el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez la potestad sancionadora de la Administración»³⁰⁰.

El esperado giro llega con la STC de 10 de diciembre de 1991 en que el Alto Tribunal establece un límite fundamental a las relaciones de sujeción especial. Según el mismo:

«La existencia de esta relación de sujeción especial tampoco basta por sí misma para justificar la dualidad de sanciones. De una parte, en efecto, las llamadas relaciones de sujeción especial no son entre nosotros un ámbito en que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales o en el que la Administración pueda dictar normas sin habilitación legal previa (...) para que sea jurídicamente admisible la sanción disciplinaria impuesta en razón de una conducta que ya fue objeto de condena penal es indispensable, además, que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa protección»³⁰¹.

Esta última interpretación del artículo 25.1 CE es la que definitivamente recogió la Ley 30/1992, y la que la Ley 40/2015 mantiene, al prohibir la duplicidad penal y administrativa con identidad del sujeto, hecho y fundamento³⁰².

Sin embargo, frente lo anterior, el Reglamento Penitenciario paraliza en 1996 y para el concreto ámbito de la actuación sancionadora de la Administración Penitenciaria, la línea de actuación iniciada por el Alto Tribunal. Ello a través de su artículo 232 que permite que, de hecho, continúe la aparentemente insalvable duplicidad sancionadora. Conforme al mismo:

³⁰⁰ SSTC 2/1981, de 30 de enero, 77/1983, 3 de octubre, 94/1986, de 8 de julio y 76/1990, de 26 de abril.

³⁰¹ RTC 1991/234. Describe esta evolución jurisprudencial, CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 27.

³⁰² Se analiza a continuación la duplicidad sancionadora que supone la concurrencia de régimen disciplinario y castigo penal. No obstante, la acumulación de consecuencias limitadoras por una misma conducta no se restringe al ámbito concreto que abordamos. La reciente STS de 25.11.14 da por buena la concurrencia de sanción disciplinaria y restricción de comunicaciones en el supuesto de que interno haya intentado introducir droga en el establecimiento durante una comunicación familiar. Ello al entender que no vulnera el principio *non bis in idem* por tratarse de medidas que responden a distinto fundamento. Así: «(...) las previsiones legales obedecen a un distinto fundamento. El régimen sancionador supone una reacción a una conducta constitutiva de una infracción, y su fundamento está en las distintas clases de prevención, similares a las propias de las penas, y en alguna medida en la retribución simbólica por el ataque a los bienes protegidos por la norma. La restricción de comunicaciones, sin embargo, se apoya en la necesidad de tomar medidas ante la posible utilización futura y reiterada, de modo indebido, de una posibilidad reconocida por la ley para facilitar el desarrollo de las relaciones del interno con el exterior». *Jurisprudencia Penitenciaria 2014*, ob. cit., p. 450.

«Aquellos hechos que pudiesen ser constitutivos de delito podrán ser también sancionados disciplinariamente cuando el fundamento de la sanción sea la seguridad o el buen orden regimental. En estos casos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 284 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los hechos serán puestos en conocimiento del Ministerio Fiscal y de la Autoridad judicial competente, previa realización en su caso, de las diligencias de prevención que se consideren necesarias».

Y es que, a pesar de que analizadas una por una, algunas de las infracciones de los artículos 108, 109 y 110 RP puedan alejarse de los fines que las justifican³⁰³, lo cierto es que, tal y como acabamos de ver, el artículo 231.1 RP establece como finalidad de la potestad sancionadora la salvaguarda de la seguridad y orden en los centros penitenciarios. De manera que, si lo determinante para excusar la aplicación del *non bis in idem*, lo constituye una cualidad esencial, intrínseca y definitoria de todas las infracciones, lo que hace el precepto referido no es más que una declaración de intenciones con poco contenido. Si bien puede servir aparentemente para salvar los cánones constitucionales antes descritos, retrotrae la situación a épocas anteriores. De hecho, hubiera sido mucho más honesto continuar con la redacción del RP de 1981, que en su artículo 119 facultaba abiertamente a la entonces Junta de Régimen y Administración a castigar con sanciones hechos constitutivos de delito.

En este sentido, Tamarit Sumalla y García Albero exponen cómo la proclamación reglamentaria que analizamos resulta ser más simbólica que efectiva³⁰⁴. Asimismo, en contra de la duplicidad sancionadora que permite el Reglamento, el AJVP de Oviedo de 19 de diciembre de 1997, sostiene que:

«(...) Condenado penalmente por los mismos hechos que determinaron la imposición de la sanción existe la triple identidad a la que hace referencia el precepto (art. 133 Ley 30/92). Lo contrario nos conduciría a la imposibilidad de apreciar el principio en supuestos como el presente, porque ¿acaso se imponen las sanciones disciplinarias con un fin distinto al citado en el artículo 232.4? De ser así, se estaría quebrando el propio fundamento del régimen disciplinario del artículo 231 RP».

Siendo esta la situación, Renart García apunta a la indeterminación y amplitud de la expresión «seguridad y buen orden regimental» que escoge el Reglamento como la causa principal de que la práctica sancionadora administrativa continúe estancada en épocas ya superadas en otras áreas normativas,

³⁰³ DE LEÓN VILLALBA, F.J., «Régimen disciplinario y recompensas», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R., 2015, p. 315.

³⁰⁴ TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, p. 228.

abogando por una interpretación más restrictiva del concepto en aras de salvaguardar el principio³⁰⁵. Materializando tal restricción, Ríos Martín refiere que, ante la aparente concurrencia de delito y falta administrativa, sólo podrá entenderse que se ha vulnerado la seguridad y el buen orden regimentales cuando el hecho constitutivo de la infracción administrativa implique a varios internos y pueda dar lugar a desórdenes que pongan en peligro la vida e integridad de las personas. Aplicar sanción y pena en estos casos no supondría la vulneración del principio que abordamos³⁰⁶. Los otros supuestos de alteración regimental se resolverían a través de mecanismos diferentes a la respuesta sancionadora, como la mediación³⁰⁷.

En el mismo sentido, De León Villalba apuesta por un estudio individualizado de los supuestos de hecho³⁰⁸. Para el autor, la doctrina inicial del TC ya acotaba la aplicación automática de la duplicidad sancionadora al exigir que las limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos basadas en las relaciones de sujeción especial debían cumplir la condición de ser «indispensables para el cumplimiento de la función o misión derivada de aquella situación especial»³⁰⁹. La posición actual no hace más que incidir en esta necesidad de valoración individual, pues se entiende que la mera existencia de la dicha relación no despoja de sus derechos fundamentales al individuo que la sufre, ni pueden darse al margen del Derecho, y exige para la duplicidad sancionadora un interés protegido jurídicamente distinto y respeto al principio de proporcionalidad³¹⁰. En la línea de estos autores, Cervelló Donderis exige que la puesta en marcha de la maquinaria disciplinaria sea «convenientemente motivada, a pesar de las dificultades que puede presentar la objetivación de un concepto tan discrecional»³¹¹.

Pues bien, frente a estas propuestas, ni la práctica diaria en los centros penitenciarios, ni la mayor parte de autos dictados en sede judicial acogen las posturas aludidas. Ejemplos ilustrativos de la quiebra normativa que todo ello conforma no faltan, dado que casi todas las infracciones disciplinarias tienen su traducción en el orden penal.

³⁰⁵ RENART GARCÍA, F., 2002, p. 65.

³⁰⁶ RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, pp. 468-469.

³⁰⁷ En la línea de las propuestas contempladas en RÍOS MARTÍN, J. C., PASCUAL RODRÍGUEZ, E., BIBIANO GUILLÉN, A., SEGOVIA BERNABÉ, J. L., *La Mediación Penal y Penitenciaria: Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, 2.ª ed., Colex, Madrid, 2008.

³⁰⁸ DE LEÓN VILLALBA, F.J., «Régimen disciplinario y recompensas», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R., 2015, pp. 113-114.

³⁰⁹ STC 21/1981, de 15 de junio.

³¹⁰ STC 188/2005, de 7 de julio.

³¹¹ CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 329.

En primer lugar, y como señalamos antes, aquellos provocados por la más que dudosa aplicación del régimen sancionador fuera de los establecimientos penitenciarios. Así, el caso de internos que no regresan de permiso cuya conducta se subsume en el artículo 468 CP –quebrantamiento de condena– y que también se castiga a través de la infracción del artículo 109 b) RP –desobediencia a las órdenes recibidas³¹²–. Resultado de la misma dinámica de castigo, sobresale por su frecuencia y la controversia que genera, el supuesto en que internos trasladados por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado faltan al respeto a las personas encargadas de su custodia durante la conducción. De nuevo, se aplica el tipo penal correspondiente (arts. 550 y ss. CP), además de la infracción del artículo 108 b), 109 a) o 110 a) RP según la gravedad del caso. En ambos supuestos, se trata de hechos únicos cometidos por idéntico sujeto que, sin embargo, derivan en dos consecuencias sancionadoras que se solapan. Y si bien la aplicación de la consecuencia penal resulta lógica, la aplicación de la maquinaria sancionadora parece más que discutible al decaer el interés jurídico que específicamente se protege –ambos supuestos se cometen fuera del recinto penitenciario y están lejos de poder vulnerar la seguridad y el orden regimental–.

Junto con estos casos derivados de la extralimitación del ámbito de aplicación del régimen disciplinario, es frecuente la comunicación de la *notitia criminis* a la autoridad judicial competente, en el supuesto de lesiones ocasionadas por peleas o agresiones entre internos –arts. 147 y ss. CP y arts. 108 c), 109 d) y 110 f) RP de 1981–, por agresiones a funcionarios –de nuevo, art. 147 CP y art. 108 b) RP de 1981– y por la posesión de estupefacientes en cuantía que supere el mínimo necesario para constituir delito –arts. 368 y ss. CP y art. 109 f) RP de 1981–. A pesar de que respecto de los mismos, la aplicación de la doble sanción pudiera entenderse justificada por verse afectado, ahora sí, el fin que persigue la potestad sancionadora penitenciaria, lo cierto es que, en la práctica, las garantías procesales que el propio artículo 232 RP contempla no se cumplen. Esto es, si atendemos a la vertiente procesal del principio *non bis in idem*, la situación jurídica de los internos no mejora, incumpléndose garantías básicas de protección de los mismos.

³¹² Anteriormente se subsumía tal conducta en el artículo 108 e) RP que castiga la evasión. Sin embargo, las críticas de la doctrina y las complicadas ficciones jurídicas que exigía considerar la conducta de quebrantamiento como evasiva cuando el interno se encontraba fuera del establecimiento penitenciario, han motivado un cambio en el sentido apuntado. Sobre la dudosa aplicación del artículo 108 e) RP a los no regresos de permiso, CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 294, «no debería sancionarse disciplinariamente esta conducta, aunque de hecho se haga, ya que la infracción del artículo 108 e) RP 1981 sanciona la conducta de intentar, facilitar o consumir la evasión, lo que no coincide con la de no reingresar tras un permiso». De la misma opinión, RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, p. 462.

En puridad, para estos casos de justificada concurrencia de penas y sanciones disciplinarias, la A. P. debería esperar a la resolución penal del caso para proceder a imponer su castigo³¹³, tal y como recoge la Providencia del JVP n.º 1 de Madrid de 21.12.05³¹⁴. Sin embargo, se aboga por la inmediatez en su respuesta sancionadora en aras de una mayor eficacia en la resolución de conflictos penitenciarios (arts. 44.33 LOGP, 253 RP)³¹⁵. El resultado es que, como se recoge y da por bueno el AAP León de 12.11.14, las sanciones se impongan y cumplan mucho antes de haber recaído la resolución penal relativa a los mismos hechos. En concreto y para el caso que aborda el referido auto, la resolución de la Comisión Disciplinaria data de 29.09.09 y la Sentencia del JP León n.º 1 de 22.05.12³¹⁶. Situación de hecho que se reitera en la Sentencia de la AP Zaragoza de 24.09.01, con motivo del recurso de apelación interpuesto contra la condena recaída en vía penal³¹⁷.

La doctrina critica esta práctica, apuntando su pobre consistencia legitimadora, dado que a tales efectos están destinados los medios coercitivos regulados en los artículos 45 LOGP y 72 RP³¹⁸ y cuya justificación principal pasa por la necesidad de dar respuesta inmediata a los conflictos en el interior de las prisiones³¹⁹. A su vez, esta forma de proceder incide en las garantías procesales de los internos, pues la redacción de los hechos que se recibe en sede judicial es elaborada por personal penitenciario. De ahí que determinados autores adviertan de la necesidad de aplicar las garantías que prevé la LECr. para el

³¹³ CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 27 y 329; SOLAR CALVO, P., «Reflexiones prácticas sobre la presunción de inocencia», *Legal Today*, 29.12.16. Acorde con lo defendido en la STS 4931/2016, de 7 de noviembre, de unificación de doctrina, en cuanto a los efectos de la sospecha de comisión de nuevo delito sobre la redención de penas por trabajo.

³¹⁴ *Jurisprudencia Penitenciaria 2000-2014. Volumen dedicado al Régimen Disciplinario*, ob. cit., p. 482.

³¹⁵ DE LEÓN VILLALBA, F.J., «Régimen disciplinario y recompensas», en DE VICENTE MARTÍNEZ, 2015, p. 313.

³¹⁶ *Jurisprudencia Penitenciaria 2015*, ob. cit., pp. 371 y ss.

³¹⁷ *Jurisprudencia Penitenciaria 2000-2014. Volumen dedicado al Régimen Disciplinario*, ob. cit., pp. 481-482.

³¹⁸ El artículo 45 LOGP establece que: «1. Sólo podrán utilizarse, con autorización del Director, aquellos medios coercitivos que se establezcan reglamentariamente en los casos siguientes: a) Para impedir actos de evasión o de violencia de los internos. b) Para evitar daños de los internos a sí mismos, a otras personas o cosas. c) Para vencer la resistencia activa o pasiva de los internos a las órdenes del personal penitenciario en el ejercicio de su cargo», siendo los medios coercitivos los del artículo 72.1 RP. En concreto: «Son medios coercitivos, a los efectos del artículo 45.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, el aislamiento provisional, la fuerza física personal, las defensas de goma, los aerosoles de acción adecuada y las esposas». Profundiza en la figura y su utilización, CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 341-342.

³¹⁹ RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, pp. 551-552. Igual de críticas, CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 329; DE SOLA DUEÑAS, A., «Principio *non bis in idem* y sanciones penitenciarias en el Ordenamiento penitenciario», *RJC*, n.º 4, 1989, p. 975.

caso en que se practiquen por parte de funcionarios de prisiones cualquier tipo de diligencias de investigación³²⁰.

Más allá de lo anterior, es bastante cuestionable que el RP no prevea específicamente las consecuencias que en el orden sancionador pueda tener una sentencia penal absolutoria cuando hubieran concurrido ambas esferas de castigo, siendo los órganos judiciales quienes suplen a la norma en su función³²¹. Destaca el Juzgado Penal 5 de Mallorca que determinó el abono de días de aislamiento en celda ya cumplidos a la pena impuesta en el orden penal³²². Por su parte y con la finalidad de no perjudicar al interno, los JJVP mantienen que para el caso en que la jurisdicción de vigilancia suspenda la tramitación del procedimiento disciplinario en tanto se resuelve el penal, el plazo de cancelación de la sanción, en caso de imponerse finalmente, cuenta desde el día que hubiera podido cumplirse³²³. Y es que, lo expuesto se vuelve aún más oneroso si tenemos en cuenta que por la propia lógica del sistema de individualización científica, a las consecuencias penales y penitenciarias derivadas de la comisión de uno de los hechos tipificados por el RP de 1981, se suma la valoración tratamental que la conducta realizada merece y que aleja la posibilidad de acceso a la trayectoria de reinserción, normalmente, durante el tiempo en que las sanciones no se hayan cancelado³²⁴.

Como vemos, si al abordar el principio de legalidad era el TC el que ha permitido y justificado el estado actual de la situación con una flagrante vulneración del mismo, en el caso del *non bis in idem*, parece más bien que es el propio legislador el que a través de un cambalache jurídico ha estancado cualquier evolución en tal sentido³²⁵. La amplitud de los conceptos de orden y se-

³²⁰ ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V., 2006, pp. 385-386, señalan especialmente los derechos que amparan al detenido recogidos en el artículo 520 LECr., pero también en relación a la forma de practicar determinadas diligencias y la autorización necesaria para ello. Todo ello, equiparando el status jurídico del interno con el del detenido aunque no lo sea en el sentido técnico estricto.

³²¹ RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, p. 469.

³²² AJP 5 de Mallorca de 01.01.94.

³²³ Criterio 111, VV. AA., *Criterios de actuación (...)*, 2009, pp. 42-43.

³²⁴ Tal y como vimos que refiere el artículo 157.2 RP para el caso de los permisos: «Si el interno aprovechase el disfrute de cualquier clase de permiso para fugarse o cometiese nuevo delito durante el mismo, quedará sin efecto el permiso concedido, sin perjuicio de las consecuencias que se puedan derivar de su conducta en el orden penal y penitenciario y de que dichas circunstancias deban valorarse negativamente por el Equipo Técnico para la concesión de futuros permisos ordinarios». CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 293-294 analiza las diferentes consecuencias penales, penitenciarias y valorativas en cuanto a futuras salidas –como veremos posteriormente, la tabla de variables de riesgo (TVR) incluye anteriores quebrantamiento como factor de riesgo– que se derivan de este supuesto concreto, concluyendo que: «como se puede comprobar la vulneración del *principio ne bis in idem* es evidente».

³²⁵ MORALES PRATS, F., «La colonización del Derecho Penal por parte de la Administración en la nueva Edad Media», *RDPP*, n.º 49, 2018, pp. 1-4, destaca otros ámbitos de actuación en los que la aplicación de esta garantía jurídica también es dudosa.

guridad utilizados por el RP permiten a quienes ejecutan la pena promover una lluvia de consecuencias jurídicas por un mismo hecho de un modo que debiera estar sólo puntualmente justificado³²⁶. En definitiva, la aplicación de los principios informadores de la potestad sancionadora general para la potestad disciplinaria penitenciaria, tal y como el artículo 232 RP prevé, se reduce a una mera fantasía jurídica que la propia LOGP desmiente, atrasando la adaptación del régimen sancionador penitenciario a los principios del Estado de Derecho³²⁷.

En este contexto normativo, y a pesar de quedar pendiente una modificación de la LOGP y el RP acorde a las exigencias de los principios jurídicos expuestos, es de aplaudir el esfuerzo de los actuales gestores de la Administración Penitenciaria por reconducir en la medida de sus posibilidades y con carácter práctico, la situación descrita. Así, la Orden de Servicio 1/2019, de 24 de enero, sobre infracciones cometidas fuera del establecimiento, establece como criterio de actuación para las Comisiones Disciplinarias de los diferentes centros penitenciarios, la ausencia de castigo de las conductas que los internos lleven a cabo en el exterior de los mismos. Con ello se procura no sólo depurar la aplicación del régimen disciplinario en el sentido antes descrito, sino tratar a los internos como auténticos ciudadanos de pleno derecho, en igualdad de condiciones con los ciudadanos libres en lo que a las consecuencias de sus actuaciones fuera del establecimiento se refiere³²⁸.

3. LA DUDOSA LEGALIDAD DE LAS LIMITACIONES REGIMENTALES DEL ARTÍCULO 75.1 RP

A las deficiencias del régimen disciplinario se suman otras, producto de mecanismos de restricción de derechos fundamentales de los reclusos, de parecida envergadura en cuanto a consecuencias, pero de mucha menor talla jurídica, si cabe, en cuanto al respeto de garantías y determinación de procedimientos para su aplicación. En concreto, nos referimos al artículo 75 RP, que

³²⁶ Especialmente crítico con la norma en relación a las diferentes carencias detectadas, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., 2001, p. 293.

³²⁷ La nula modulación de garantías jurídicas tan fundamentales provoca contradicciones internas dentro de la configuración del propio procedimiento sancionador. En este sentido, de qué sirve prever la posible intervención de abogado en dicho procedimiento, tal y como prevé el artículo 242.2 i) RP, si el estatus jurídico de los internos administrados carece de las bases más fundamentales y necesarias para hacerlo suficientemente sólido y potente frente al ejercicio de las competencias de la Administración.

³²⁸ SOLAR CALVO, P., «¿Se debe castigar lo que sucede más allá de la prisión?», *Legal Today*, 27.03.19.

regula lo que han dado en denominarse limitaciones regimentales. En su apartado primero refiere como tales las destinadas a proteger la persona del interno, las que devienen por razones de seguridad y orden del establecimiento y por último las derivadas del grado de clasificación de cada recluso. Dada su peculiaridad, el segundo párrafo del precepto expone con mayor profusión el procedimiento a través del que, a solicitud del interno, se determinan esas limitaciones *ad hoc*. De acuerdo con la norma:

«1. Los detenidos, presos y penados no tendrán otras limitaciones regimentales que las exigidas por el aseguramiento de su persona y por la seguridad y el buen orden de los Establecimientos, así como las que aconseje su tratamiento o las que provengan de su grado de clasificación.

2. En su caso, a solicitud del interno o por propia iniciativa, el Director podrá acordar mediante resolución motivada, cuando fuere preciso para salvaguardar la vida o integridad física del recluso, la adopción de medidas que impliquen limitaciones regimentales, dando cuenta al Juez de Vigilancia».

Si las limitaciones propias del grado de clasificación se explican por sí mismas y son recordatorio de las del régimen penitenciario ligado al grado de tratamiento correspondiente, el supuesto de autoprotección ofrece aún menos dudas en cuanto a legitimidad. El mismo supone un mecanismo de protección favorable al interno y normalmente en sintonía con su voluntad. Sin embargo, la aplicación de limitaciones regimentales por razones de seguridad y orden del establecimiento origina una importante controversia jurídica.

Y es que, en la práctica, el artículo 75.1 RP se traduce en la existencia de un tipo de aislamiento al margen de los regulados en la LOGP –aislamiento propio del primer grado, aislamiento como sanción disciplinaria y aislamiento como medio coercitivo³²⁹–, que, si bien puede tener mejores condiciones en cuanto a horas de patio o posibilidad de participar en actividades tratamentales, dependiendo de lo que el Director del Centro determine, también puede llegar y de hecho llega, a ser idéntico al impuesto por sanción o en concepto de medio coercitivo. Pero todo ello sin aplicación del sistema de garantías previsto para estos casos y completamente al margen de los procedimientos establecidos en la LOGP para los mismos. El RP se inventa, al margen de cualquier habilitación legal para ello, una nueva forma de aislamiento regimental indeterminado en contenido y sin procedimiento suficientemente acotado de aplicación o control³³⁰.

³²⁹ Sobre los diferentes tipos de aislamiento, su concreta finalidad y justificación, *vid.* SOLAR CALVO, P., LACAL CUENCA, P., *Diario La Ley*, 2013, pp. 1-6.

³³⁰ Especialmente críticos con las paradojas jurídicas que el precepto genera, RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, pp. 273-277; MALDONADO CANITO, P. J., «Limitaciones regimentales y medidas de protección personal», *CDP*, n.º 3, mayo 1998, pp. 23-32.

Por tanto y de nuevo, estamos en presencia de otro mecanismo de restricción de derechos fundamentales de los internos cuya regulación adolece de defectos que lo sitúan muy por debajo de lo jurídicamente exigible. Desde el punto de vista del principio de legalidad, y en contra del artículo 25.1 CE, se permite la imposición de una medida de aislamiento en celda sin ningún tipo de habilitación legal para ello y a pesar de implicar las mismas limitaciones que el aislamiento en celda impuesto en concepto de sanción disciplinaria³³¹. A su vez, en términos de tipicidad normativa, carece del más mínimo acotamiento jurídico aún de carácter orientativo de cara a determinar lo correcto de su aplicación y permitir la corrección de arbitrariedades. Su contenido y duración dependen enteramente de lo que el Director del centro penitenciario establezca. En palabras de Baras González, el artículo 75.1 RP «(...) no cumple a nuestro entender las prescripciones de los principios capitales del Derecho Penitenciario y de la ejecución penal como son los de legalidad, taxatividad y seguridad jurídica»³³². Por último, en cuanto a garantías procedimentales de aplicación, la norma guarda absoluto silencio, siendo suficientes la decisión del Director y la mera puesta en conocimiento judicial para que la medida pueda llevarse a cabo³³³. Ello sin que la comunicación a la autoridad judicial sirva en ningún caso de convalidación de la medida. Aún pudiendo recaer resolución contraria a su utilización, el aislamiento en sí ya se habrá producido cuando la misma se reciba, siendo incluso probable que, para entonces y por su carácter perentorio, la aplicación del mismo ya haya cesado³³⁴.

La paradoja es tal que, mientras que para la aplicación de la sanción de aislamiento el artículo 42.4 LOGP exige «que se manifieste una evidente agresividad o violencia por parte del interno, o que éste reiterada y gravemente altere la normal convivencia en el centro», el artículo 75.1 RP permite aplicar

³³¹ ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V., 2006, pp. 182 y ss. Por su parte, BARAS GONZÁLEZ, B., «El régimen penitenciario», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R., 2015, p. 140, apunta que: «Esta fórmula abierta sería necesario limitarla por la propia LOGP dado que nos encontramos en un ámbito en el que debe imperar y gobernar el principio de la legalidad y en el que tan comprometido se ven los derechos fundamentales de la persona». En la misma línea, CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 23, incluye este precepto entre aquellos que estando regulados en el RP debieran estarlo en la LOGP. Y es que, como recuerda MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, p. 28, para el principio de legalidad aplicado al medio penitenciario: «Una eventual restricción de derechos de los condenados recogida *ex novo* por un reglamento, sin ningún tipo de cobertura en la ley, no respetaría el principio de legalidad.»

³³² BARAS GONZÁLEZ, B., «El régimen penitenciario», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R., 2015, p. 142.

³³³ SOLAR CALVO, P., LACAL CUENCA, P., *Diario La Ley*, 2013, p. 7.

³³⁴ BARAS GONZÁLEZ, B., «El régimen penitenciario», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R., 2015, p. 141, señala una deficiencia importante de nuestro sistema de jurisdicción penitenciaria. El mismo decae en estos supuestos de protección perentoria en el momento en el mismo momento en que no contempla la existencia de un JVP de guardia, ni se ha previsto su sustitución por el Juez de Guardia del lugar de ubicación del centro penitenciario.

un tipo de aislamiento prescindiendo de tal requisito³³⁵. Más allá de ello y a pesar de la incongruencia que supone, es jurídicamente posible, y habitualmente sucede, que una medida de aislamiento como restricción regimental se prolongue durante un periodo de tiempo superior al de los catorce días previstos para el aislamiento en celda, sin que sea necesaria para su aplicación la aprobación previa del JVP³³⁶. Destaca el supuesto que aborda el AJVP de Las Palmas de Gran Canaria de 23.07.09, en que la aplicación del artículo 75.1 RP se había concretado en una medida de aislamiento de más de mes y medio de duración –del 03.11.08 al 19.01.09³³⁷–. Por todo ello, parte de los JJVP consideran que la aplicación del aislamiento en virtud del artículo 75.1 RP supone ejecutar una sanción de manera encubierta y al margen de los procedimientos establecidos para ello³³⁸. De hecho, de imponerse posteriormente sanción por los hechos que dieron lugar a la restricción regimental, suele abonar el tiempo de aislamiento como si de una medida cautelar se tratara³³⁹.

Sin embargo, la Administración Penitenciaria, con el aval de la mayoría de la Jurisdicción de Vigilancia, considera que la redacción del precepto da pie a una flexibilización que permite aplicar limitaciones regimentales determinadas por el Director de establecimiento, equivalentes materialmente a un nuevo tipo de aislamiento³⁴⁰. Al respecto, la Jurisdicción Penitenciaria viene señalando que la aplicación de limitaciones regimentales por motivo de la seguridad del establecimiento del artículo 75.1 RP es legítima si cumple con dos requisitos. En primer lugar, con su aplicación se da respuesta a un supuesto de hecho

³³⁵ MALDONADO CANITO, P. J., *CDP*, 1998, p. 26; RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, p. 276.

³³⁶ En concreto, el JVP n.2 Madrid en Auto de 12 de enero de 2009: «(...) si se impusiera el aislamiento vía artículo 75.1 RP bastaría una orden de Dirección, pudiéndose eludir así tanto el expediente sancionador como el límite temporal de los catorce días cuyo control compete al Juez (arts. 76.2 d), 42.2 a) LOGP y 253.1 RP)».

³³⁷ *Jurisprudencia Penitenciaria 2009*, ob. cit., pp. 351-353.

³³⁸ Autos del JVP n.º 2 Madrid de 03.07.06, 12.01.09, 19.02.09 y 02.10.09, y Auto del JVP n.1 Madrid de 02.02.09, disponibles en su mayoría en *Jurisprudencia Penitenciaria 2006*, ob. cit., pp. 209-211 y *Jurisprudencia Penitenciaria 2009*, ob. cit., pp. 345-355. Respalda esta postura, CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 327, donde refiere que: «por respeto al principio de legalidad, las restricciones regimentales impuestas por el Centro por motivos de seguridad no pueden coincidir con las sanciones previstas legalmente ni con los medios coercitivos ya que no gozan de las mismas garantías, lo que supone una referencia clara al artículo 75.1 RP que recoge limitaciones regimentales que sólo necesitan autorización del Director y que carecen de límites temporales, debiéndose exigir una aplicación restrictiva, especialmente cuando se impone de oficio y no a petición del interno».

³³⁹ De acuerdo con esta postura, BARAS GONZÁLEZ, B., «El régimen penitenciario», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R., 2015, p. 141, identifica la aplicación de estas limitaciones regimentales con una extensión de las medidas cautelares del artículo 243 RP, así: «el artículo 75 RP ha sido entendido en la práctica penitenciaria como la habilitación para aplicar una medida cautelar cuando el destinatario de la misma ha cometido presuntamente un acto que comprometa la seguridad y el buen orden del centro, mientras se dispone una posible regresión a primer grado, en el caso de que sea procedente».

³⁴⁰ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, p. 601.

que pone en peligro la seguridad del centro, sin que existan vías alternativas para ello, teniendo en cuenta tanto el supuesto de hecho que lo origina como la finalidad que con la medida se pretende. En segundo lugar, la aplicación de la medida únicamente se mantiene y está viva en tanto que respuesta necesaria a ese hecho que la reclama y mientras se inician los trámites procedimentales establecidos para dar cauce y solución definitiva al mismo³⁴¹.

El día a día de cualquier prisión muestra la necesidad real de contar con instrumentos jurídicos de rápida aplicación, al margen del lento y tedioso trámite disciplinario, que permitan cortar la raíz de comportamientos regimentales inadecuados. Y si bien los medios coercitivos lo permiten, lo cierto es que las exigencias legales para su aplicación y la perentoriedad de su duración, dejan de lado supuestos más especiales ajenos a los casos tasados en el artículo 45 LOGP³⁴², pero que igualmente requieren de una respuesta eficaz y prolongada en el tiempo. Pensemos en internos pertenecientes a bandas organizadas de fuerte y arraigada estructura que ingresan en un establecimiento procedentes de libertad. Sus primeros días en prisión son cruciales para la transmisión de información entre sus miembros y la necesidad de evitar contactos indeseados puede prolongarse una vez excedidos los plazos tan estrictos en que se permite la aplicación del aislamiento como medio coercitivo. A la vez, los procedimientos de clasificación en primer grado, aunque son los que más rápido se ejecutan de entre los que prevé la norma, se prolongan demasiado en el tiempo de cara a resolver determinados conflictos³⁴³. Igualmente, imaginemos un interno con alto grado de inadaptación regimental, múltiples enfrentamientos en los diferentes módulos de un mismo centro y muy bajas posibilidades de autocontrol. En tanto se resuelve por el Centro Directivo acerca de la propuesta elevada por la Junta de Tratamiento del centro, puede ser conveniente aplicar alguna limitación a sus movimientos. Por último, son muy frecuentes los supuestos en que procedimientos de extradición o entrega europea no pueden llevarse a cabo por haberse autolesionados los internos a trasladar. El aisla-

³⁴¹ Entre otros, AJVP de Ocaña de 23.03.05, AJVP de Ceuta de 25.07.06, disponible en *Jurisprudencia Penitenciaria 2006*, ob. cit., pp. 211-212; AJVP de Ocaña de 26.05.14, *Jurisprudencia Penitenciaria 2014*, ob. cit., pp. 531-532; y más recientemente, AAN Sala de lo Penal Secc. 1.ª de 23.02.16, *Jurisprudencia Penitenciaria 2016*, SG.II.PP., Madrid, 2017, pp. 475-476.

³⁴² Recordemos que el artículo 45 LOGP permite aplicar el aislamiento provisional del artículo 72 RP para: «a) Para impedir actos de evasión o de violencia de los internos. b) Para evitar daños de los internos a sí mismos, a otras personas o cosas. c) Para vencer la resistencia activa o pasiva de los internos a las órdenes del personal penitenciario en el ejercicio de su cargo».

³⁴³ Ríos MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, pp. 277-278, se muestran contrarios a la práctica habitual consistente en aplicar artículo 75.1 RP para estos supuestos, pues, como sucede para el caso del aislamiento, se producen consecuencias jurídicas altamente lesivas al margen del procedimiento previsto para su imposición.

miento regimental permite en estos casos someterlos a una vigilancia más intensiva hasta que la entrega pueda reanudarse.

La postura que se mantiene no obsta a la necesidad de contar con la herramienta que introduce el Reglamento. Lo que se critica es la falta absoluta de habilitación legal, la ausencia de determinación reglamentaria suficiente que oriente su uso y la inexistencia de procedimiento adecuado de control sobre la misma³⁴⁴. En definitiva, se trata de una ausencia de límites normativos que impide asegurar a priori la eliminación de excesos y dificulta enormemente la corrección de los mismos una vez producidos³⁴⁵. Al contrario, la norma legal debiera ser la que determine de manera taxativa el cuándo y cómo de las restricciones concretas a las que se refiere. Más si cabe teniendo en cuenta las posibilidades que ya existen de aplicar el aislamiento tanto en calidad de sanción como de medio coercitivo, la necesidad de delimitación recíproca que se deriva de ello y el hecho de que comparativamente, se permitan idénticos resultados al margen de todo procedimiento³⁴⁶.

Por último, el propio Reglamento parece reconocer su error, al disponer que el traslado de los internos en este régimen tan especial se lleve a cabo del modo más rápido posible³⁴⁷. En el mismo sentido, la Instrucción 3/2010, sobre protocolo de actuación en materia de seguridad³⁴⁸, refiere la necesidad de que se proceda cuanto antes a ese trasladado del interno a otro centro donde sea posible levantar las restricciones impuestas, estableciendo como único límite que el régimen al que se le someta sea más beneficioso que el de un primer grado. Criterios orientativos, pero constitucionalmente inadecuados y demasiado vagos a los fines de concreción que se proponen y creemos necesarios.

³⁴⁴ Así se destaca en el punto 4, párrafo 2, *Conclusiones de las Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria de 2017*: «El artículo 75 RP no puede ser en la práctica un régimen de vida, ha de tener también una duración limitada, con un control efectivo del juzgado de vigilancia respecto de su adopción, seguimiento y límite temporal».

³⁴⁵ En contra de a postura aquí mantenido y como excepción dentro de la Doctrina, FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, p. 601, justifican el precepto en base a los fines de los artículos 1 y 3.4 LOGP y en tanto supone una mejora, a nuestro juicio del todo insuficiente, respecto de la aplicación de su precedente artículo 32 RP de 1981.

³⁴⁶ SOLAR CALVO, P., LACAL CUENCA, P., *Diario La Ley*, 2013, pp. 8-11.

³⁴⁷ Conforme a los últimos apartados del artículo 75 RP: «3. Mediante acuerdo motivado, el Consejo de Dirección, en el caso de los detenidos y presos, o la Junta de Tratamiento, en el caso de penados, propondrán al Centro Directivo el traslado del recluso a otro Establecimiento de similares características para posibilitar el levantamiento de las limitaciones reglamentales exigidas por el aseguramiento de su persona a que se refiere el apartado anterior. 4. Los acuerdos de traslado se comunicarán, en el caso de los detenidos y presos, a la Autoridad judicial de que dependan y, en el caso de los penados, al Juez de Vigilancia correspondiente».

³⁴⁸ Instrucción 3/2010, SG.II.PP., sobre protocolo de actuación en materia de seguridad, con publicidad restringida.

4. LA ENCRUCIJADA NORMATIVA DEL FICHERO FIES TRAS LA STS DE 17.03.09

En el análisis de las relaciones de sujeción especial y sus consecuencias normativas no podía faltar la obligada referencia al fichero de control de internos de especial seguimiento (FIES)³⁴⁹. Más si cabe, debido a la actualidad que ha alcanzado gracias a la STS de 17 de marzo de 2009 que, a pesar de la modificación operada en el RP a consecuencia de la misma, mediante RD 419/2011, de 25 de marzo, sigue poniendo en entredicho la legalidad de su regulación actual³⁵⁰.

4.1 Estructura y necesidad del fichero FIES

La creación del fichero FIES se debe a la Instrucción 21/96, de medidas de seguridad para internos de especial seguimiento, sustituida, aunque en términos muy similares, por la Instrucción 6/2006 y, más recientemente, por la Instrucción 12/2011³⁵¹. En ellas se establecen los grupos de internos que componen el fichero, las medidas de control a las que van a ser sometidos y la finalidad y consecuencias de todo ello³⁵².

Primero, en cuanto a los internos afectados, se distinguen varios grupos³⁵³. En concreto: a) FIES 1 CD (Control Directo), que se aplica a los internos con alto potencial de peligrosidad basado en hechos previamente protagonizados en el interior de la prisión³⁵⁴; b) FIES 2 DO (Delincuencia Organizada)

³⁴⁹ Destaca el análisis que realiza CERVELLÓ DONDERIS, V., «Revisión de legalidad penitenciaria en la regulación del régimen cerrado y los FIES», *La Ley Penal*, n.º 72, 2010, pp. 1 y ss., tras la STS de 17 de marzo de 2009. Igualmente, sobre el nacimiento –íntimamente relacionado con régimen cerrado–, evolución y estructura del fichero; de la misma autora, 2016, pp. 221 y ss. De forma amplia, destaca especialmente su dureza e ilegalidad, RÍOS MARTÍN, J. C., «Los ficheros de internos de especial seguimiento», *CDP*, n.º 3, mayo 1998, pp. 3-22. A su vez, BRANDARIZ GARCÍA, J. A., «Notas sobre el régimen penitenciario para penados considerados extremadamente peligrosos: departamentos especiales y FIES-1 (CD)», *EPyC*, n.º 23, 2001-2002, pp. 7-58, quien refiere la incompatibilidad del fichero y las medidas de seguridad que implica con los artículos 15 y 25.2 CE y relaciona su existencia con la *cultura de la emergencia* y la configuración de un *derecho penal de la seguridad* que han acabado impregnando las práctica penitenciarias.

³⁵⁰ STS, Sala de lo Contencioso, Sección 5, número de recurso 9576/2004, de 17 de marzo.

³⁵¹ Instrucción 12/2011, SG.II.PP., de internos de especial seguimiento, medidas de seguridad.

³⁵² Expone su estructura y defiende la necesidad del fichero, ARRIBAS LÓPEZ, J. E., «La Seguridad en los centros penitenciarios», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R., 2015, pp. 297-300; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, pp. 648-654. En contra de su existencia, RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, pp. 651-658.

³⁵³ Instrucción 12/2011, SG.II.PP., ob. cit., pp. 5-6.

³⁵⁴ Conforme al literal de la Instrucción, «se incluyen internos especialmente conflictivos o peligrosos, protagonistas e inductores de alteraciones regiminales muy graves que hayan puesto en peligro la vida o integridad de los funcionarios, autoridades, otros internos o personal ajeno a la institución (...)».

está previsto para aquellos internos pertenecientes a núcleos criminales con gran capacidad organizativa y de movilización económica³⁵⁵; c) FIES 3 BA (Banda Armada), que incluye a los internos vinculados a grupos terroristas³⁵⁶; d) FIES 4 FS (Fuerzas de Seguridad del Estado y Funcionarios de II.PP.), que se encuentra conformado por internos que han pertenecido a los colectivos profesionales que le dan nombre, y tiene como finalidad su protección en atención a las situaciones de peligro que pudieran darse contra su persona³⁵⁷; e) FIES 5 CE (Características Especiales), que como categoría residual, incluye desde aquellos internos que hubieran colaborado con la justicia, hasta otros que sin pertenecer a una banda armada pudiera haberse detectado que simpatizan con ella³⁵⁸.

El mecanismo de inclusión en el fichero puede iniciarse a propuesta de los centros penitenciarios, en función de datos recabados en el momento del ingreso, a través del auto judicial que indica el delito presuntamente cometido, o posteriormente, una vez recibida la sentencia o por hechos acaecidos a lo largo del cumplimiento de la condena. Sin embargo, es frecuente que sea el propio Centro Directivo quien de oficio y en base a datos ajenos a los centros penitenciarios decida la inclusión³⁵⁹.

En cuanto a su naturaleza, las Instrucciones referidas definen el fichero como un instrumento meramente administrativo con finalidad interna de control. Así, conforme a la Instrucción 12/2011, el fichero FIES «tiene carácter administrativo y los datos que almacena están referidos a situación penal, pro-

³⁵⁵ «Se incluyen internos ingresados en relación con delitos cometidos en el seno de organizaciones o grupos criminales conforme a los conceptos fijados en los artículos 570 bis y ter del CP (...), así como internos con alto potencial de peligrosidad ingresados por su vinculación con asociaciones ilícitas».

³⁵⁶ «Se incluyen todos aquellos internos ingresados por vinculación a bandas armadas o elementos terroristas, y aquellos que, de acuerdo con los informes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, colaboran o apoyan a estos».

³⁵⁷ «Se incluyen internos que pertenecen o han pertenecido a estos colectivos profesionales, al exigirse durante su internamiento determinadas cautelas, conforme a lo previsto en el artículo 8 de la LO de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado».

³⁵⁸ «Se incluyen diversos grupos de internos que dadas sus características criminológicas o penitenciarias precisan de un especial seguimiento por razones de seguridad». No es objeto de este trabajo el análisis de los subgrupos de esta categoría de internos FIES, sin embargo, por su actualidad, destaca el análisis que realiza DÍAZ LÓPEZ, J. A., «FIES-5, corrupción y gran alarma social», *Legal Today*, 12.05.17.

³⁵⁹ El RD 1571/2007, de 30 de noviembre, modificó la dependencia orgánica dentro del Ministerio del Interior de la entonces DG.II.PP. Ésta pasó de pertenecer a la Secretaría General Técnica del Ministerio de Interior a formar parte de la Secretaría de Estado de Seguridad junto con la DG. de Policía y la DG. de la Guardia Civil. Aspecto que sin duda favorece la colaboración y el trasvase de información entre estos centros directivos. Las competencias de la Institución Penitenciaria son bastante específicas y nada comparables a las tareas meramente administrativas. Su ubicación inicial, sin vinculación con la Secretaría de Estado, pudo deberse a su procedencia del Ministerio de Justicia y a una inicial colocación de tintes provisionales dentro de un ministerio que le resultaba ajeno.

cesal y penitenciaria»³⁶⁰, siendo «una prolongación del expediente/protocolo personal penitenciario, que asegura una rápida localización de cualquier dato sin que, en ningún caso, prejuzgue la clasificación de los internos, vede su derecho al tratamiento, ni suponga la fijación de un sistema de vida distinto de aquel que reglamentariamente les venga determinado»³⁶¹. Por tanto, se trata de un fichero destinado al exclusivo fin de permitir un mayor seguimiento de los internos en él contemplados, sin que ello pueda fundamentar decisiones acerca de su régimen de vida.

De acuerdo con ello y hasta el momento, la postura de la jurisprudencia en torno al FIES había sido mayoritariamente respetuosa con el sistema instaurado, respaldando la legalidad de un fichero que, en apariencia, no establece limitaciones los derechos de los internos más allá de lo que la LOGP y el RP contemplan³⁶². En aplicación de la doctrina de ULE³⁶³, la naturaleza de estas instrucciones se consideraba de carácter organizativo y efectos internos orientados a ayudar el mejor cumplimiento de la labor de retención y custodia encomendada a la Administración (art. 1 LOGP). Destacan en este sentido, los autos de 08.01.09 y 23.01.09 del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, en que, tras repasar uno por uno las limitaciones de derechos alegadas en queja por el interno –en concreto y siendo la queja más habitual, la intervención de comunicaciones escritas y telefónicas y la realización de cacheos personales y requisas de celdas–, se defiende la plena legalidad del fichero, al referir que esas limitaciones están permitidas por la propia LOGP y adoptadas en su función³⁶⁴.

³⁶⁰ Instrucción 12/2011, SG.II. PP., ob. cit., p. 2.

³⁶¹ Instrucción 12/2011, SG.II.PP., ob. cit., p. 2.

³⁶² BUENO ARÚS, F., *Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los JJVP en sus XIX reuniones celebradas entre 1981 y 2010*, CGPJ, Madrid, texto refundido y depurado a mayo de 2010, p. 20: «No existe ningún régimen penitenciario especial distinto de los regímenes ordinarios, abierto o cerrado a los que se refiere la Ley Orgánica General Penitenciaria. El régimen cerrado debe diferenciarse claramente del aislamiento en celda, por cuanto no constituye una sanción permanente, y el artículo 10 de la LOGP debe aplicarse restrictivamente por su carácter excepcional. A los internos denominados por la administración penitenciaria FIES (Ficheros de Internos de Especial Seguimiento) incluidos en el grupo 1.º RE, les será de aplicación como mínimo y en todo caso, el régimen establecido en el artículo 46 del RP, con las actividades y limitaciones específicamente contenidas en dicho precepto». Esto es, se daba el visto bueno al fichero reconduciendo su contenido a los regímenes de cumplimiento previstos en la LOGP.

³⁶³ GARCÍA MACHO, A., 1992; LASAGABASTER HERRARTE, I., 1994; LÓPEZ BENÍTEZ, M., 1994.

³⁶⁴ De modo más genérico, el Auto del JVP n.º 3 de Madrid de 23.04.09 legitima la Instrucción 21/1996, DG.II.PP., en tanto que reglamento de organización y valida el contenido y finalidad del fichero FIES desde el punto de vista de la normativa específica en Protección de Datos. En el mismo sentido, los Autos de la Sección 5a de la AP de Madrid de 11.01.02 y 10.02.04, la AP de Jaén de 15.02.02, y la AP de Ciudad Real de 15.03.05. Finalmente, el TC que desestimó recurso de amparo por la inclusión en fichero FIES en la sentencia de 08.07.96. *Jurisprudencia Penitenciaria 2009*, ob. cit., pp. 314-316.

Aunque en plena consonancia con esta línea jurisprudencial, sobresale la Sentencia de la Audiencia Nacional de 01.03.04 que declaró nulo de pleno derecho el apartado de la Instrucción 21/1996 relativo a las comunicaciones de convivencia pues excedían a la baja lo permitido por la LOGP³⁶⁵. Así, mientras que el artículo 45.6 RP permite que las comunicaciones de convivencia tengan un máximo de duración de seis horas, la Instrucción situaba ese máximo en tres. La Instrucción 6/2006, y de ahí su parecido con su predecesora, se elaboró principalmente para corregir esta extralimitación.

Sin embargo, como *rara avis* en el panorama jurisprudencial, destaca el AJVP n.º 3 de Madrid de 14.7.1995, que, adelantándose varios años al giro jurisprudencial que protagonizaría el TS años más tarde, refería lo siguiente:

«La conclusión de lo expuesto no puede ser otra que el Fichero de Internos de Especial Seguimiento además de carecer de la más mínima apoyatura legal o reglamentaria, contradice la esencia misma del sistema penitenciario (individualización y referido a presos determinados y no a grupos, clases, categorías sociales) y además, de ser cierta su neutralidad (que no es posible aceptar), es rotundamente inútil. Todo lo cual conduce a su declaración de ilegalidad por vía del artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Si la Administración penitenciaria continúa haciendo uso de tal fichero (además de las consecuencias penales que ello podría acarrear a los responsables) supone que alguna utilidad debe tener (aunque tal Administración lo silencie, o lo guarde celosamente en el seno de su voluntad, incluso en la pseudo-norma jurídica en que lo establece) y no puede ser otra que la limitación, menoscabo o derogación pura y simple de derechos penitenciarios, real o potencial, plasmados legal o reglamentariamente. Siendo ello así, y corresponde a la Administración la prueba de que no lo es, supuesto que es la autora del fichero y del instrumento en que se funda, hay que reiterar que en el sistema jurídico español no es admisible la limitación de derechos por vía no ya reglamentaria, sino de mera Instrucción, Circular u Orden de Servicio. La discutida, aunque mayoritariamente aceptada, relación jurídica de sujeción especial no puede prolongar la *longa manus* administrativa hasta este extremo, no puede destruir hasta este límite la vinculación positiva de la Administración a la ley».

4.2 El esperado y buscado giro jurisprudencial: la STS de 17.03.09

Pero no es hasta años más tarde, mediante la STS de 17.03.09, cuando se provoca un vuelco en la tendencia jurisprudencial mayoritaria. Tras años de lucha judicial, la asociación «Madres contra la droga» consigue que se anule

³⁶⁵ Sentencia de la AN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, número de recurso 1490/2001, de 1 de marzo de 2004.

en casación la sentencia de la Audiencia Nacional antes referida, se declare nula la Instrucción 21/1996, e incidentalmente, por similitud y coherencia material, la propia Instrucción 6/2006. Lo anterior no sólo en lo referente a las comunicaciones de convivencia como ya había hecho el Tribunal a quo, sino en todo aquello en que la Instrucción establece limitaciones de derechos con carácter general para los internos incluidos en el fichero FIES y con independencia de que tales restricciones se encuentren o no dentro del margen permitido por la ley. Con ello, el TS determina de forma novedosa tres aspectos fundamentales: considera que la Instrucción 21/1996 regula la restricción de derechos para un colectivo de internos concreto, que con ello, trasciende la finalidad de los reglamentos meramente administrativos, y que, por todo ello, su categoría jurídica no se adecúa a la relevancia de su contenido, infringiendo la reserva de ley³⁶⁶. Transcribimos por su importancia los fundamentos de la STS de manera completa:

«Primero.—Se denuncia por la representación procesal de la asociación recurrente que la sentencia recurrida vulnera los artículos 17.1 y 25.2 de la Constitución, por no haberse respetado el principio de reserva de ley, y los artículos 9.3 y 103.1 de la propia Constitución, dado que la Sala de instancia no ha tenido en cuenta que la potestad de autodisposición en materia organizativa de la Administración está limitada por el principio de jerarquía normativa, interdicción de la arbitrariedad y sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, pues el apartado primero de la Instrucción impugnada 21/1996, de 16 de diciembre, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias va más allá del mandato de la Disposición Transitoria Cuarta del Reglamento Penitenciario, aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, de refundir, armonizar y adecuar a lo establecido en dicho Reglamento las circulares, instrucciones y órdenes de servicio dictadas con anterioridad.

En el mencionado apartado, la Instrucción combatida contiene normas de seguridad, control y prevención de incidentes, relativas a internos muy conflictivos y/o inadaptados.

La Sala de instancia encuentra justificada la Instrucción combatida por tratarse de un reglamento administrativo o de organización, dictado en el marco de relaciones de supremacía especial, en el que la Administración tiene un mayor poder de disposición y el administrado, en este caso interno de un centro penitenciario, tiene obligaciones especiales, de manera que «el interno se integra en una institución preexistente que proyecta su autoridad sobre quienes, al margen de su condición común de ciudadanos y como consecuencia de la modificación de su *status libertatis*, adquieren el estatuto específico de individuos sujetos a un poder

³⁶⁶ En contra de esta interpretación jurisprudencial, ARRIBAS LÓPEZ, J. E., «La Sentencia del y Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2009 y las Instrucciones y Órdenes de Servicio de la Administración Penitenciaria», *Diario La Ley*, Sección Tribuna, n.º 7269, 26.10.09. A favor, BENÍTEZ YÉBENES, J. R., 2017, pp. 168-169.

público, que no es el que, con carácter general, existe sobre el común de los ciudadanos».

Después, el Tribunal *a quo* examina cada uno de los subapartados, incluidos dentro del apartado primero de la Instrucción, para llegar a la conclusión de que el único que merece reproche de nulidad radical es el subapartado B.1.A 13 por contravenir lo dispuesto en el artículo 45.6 del Reglamento Penitenciario, aprobado por Real Decreto 190/1996, en relación con el artículo 51.1 de la Ley General Penitenciaria.

La cuestión que, al articular ambos motivos de casación, plantea el representante procesal de la asociación recurrente es más radical por entender que una Instrucción de funcionamiento, a través de la que la Administración penitenciaria organiza sus servicios, no puede afectar derechos y deberes de los internos, porque no es ni puede ser fuente de derecho, al carecer de las garantías de elaboración de las normas jurídicas y de la imprescindible publicidad.

La Sala de instancia en la sentencia recurrida no niega que el apartado impugnado de la Instrucción de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias afecte los derechos de los internos imponiéndoles limitaciones, sino que sostiene que éstas no contradicen lo establecido en la Ley y Reglamento Penitenciarios, salvo en cuanto a las denominadas visitas de convivencia.

Con independencia de que no compartimos esa conclusión, pues otro tanto sucede con las comunicaciones telefónicas, la cuestión, como se sostiene al articular ambos motivos de casación, está en si una circular o instrucción de la Administración penitenciaria es instrumento jurídicamente idóneo para establecer con carácter general un régimen de derechos y deberes de los internos, que califica de conflictivos y/o inadaptados.

Nosotros, en contra del parecer de la Sala sentenciadora y de los informes obrantes en el expediente administrativo, consideramos que esas circulares o instrucciones, al carecer de la naturaleza y de las garantías de las normas jurídicas o disposiciones de carácter general, no son medio idóneo para regular derechos y deberes de los internos en los centros penitenciarios.

Segundo.—La plausible conveniencia de prestar el servicio con igualdad de criterio en todos los centros penitenciarios, a través de instrucciones y circulares de régimen interno, no permite completar las normas de control y prevención aplicables a los internos a través de tales reglamentos organizativos, que no pueden traspasar el umbral del funcionamiento del servicio y adentrarse en la regulación de los derechos y deberes de unos internos a los que la propia Instrucción incluye en un grupo determinado, aunque se diga que es a los meros efectos administrativos, ya que todo lo relativo a su clasificación y tratamiento está reservado a la Ley penitenciaria y al Reglamento que la desarrolla, cuya aplicación se ha de llevar a cabo a través de los concretos actos administrativos relativos a cada interno con el consiguiente control jurisdiccional.

El apartado primero de la Instrucción 21/1996, de 16 de diciembre, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, contiene normas de carácter general sobre seguridad, control y prevención de incidentes relativos a internos muy conflictivos y / o inadaptados, que afectan a los derechos y deberes de éstos,

de manera que se excede del cometido y finalidad de los denominados “reglamentos administrativos o de organización” para adentrarse en el ámbito reservado a la ley y a sus reglamentos ejecutivos, rodeados estos de unas garantías en su elaboración y requisitos de publicidad de los que aquélla carece, razón por la que la sentencia recurrida conculca los principios recogidos en los preceptos constitucionales invocados al articular ambos motivos de casación».

Como vemos, la STS se sitúa en las antípodas de la postura judicial mayoritaria en relación al fichero FIES, dando validez jurídica a los argumentos tradicionalmente sostenidos por los internos incluidos en el mismo. Primero, que la pertenencia al fichero tiene consecuencias en los derechos y deberes de los internos. Segundo, que la relación de sujeción especial no puede justificar en ningún caso que la regulación de dichos derechos y deberes se lleve a cabo en normas con rango de instrucción. Toda una revolución jurisprudencial que, sin embargo, ha traído menos consecuencias jurídicas de las que hubieran sido previsibles y deseables.

4.3 El RD 419/2011, de 25 de marzo: una solución insuficiente

El radical cambio jurisprudencial que marca la referida STS motivó la modificación del RP y la nueva Instrucción 12/2011. Ambas en un intento por adaptar la normativa sobre fichero FIES a los nuevos y rigurosos estándares que el TS había establecido.

En cuanto a la modificación reglamentaria, además de una modificación menor en el apartado 2 del artículo 6 RP³⁶⁷, se añade un apartado 4 al artículo 6:

«La Administración Penitenciaria podrá establecer ficheros de internos que tengan como finalidad garantizar la seguridad y orden de los establecimientos, y la integridad de los internos. En ningún caso la inclusión en dicho fichero determinará por sí misma un régimen de vida distinto de aquel que reglamentariamente corresponda».

Por su parte, el artículo 65 del RP/1996 sobre «Medidas de seguridad interior» queda redactado como sigue:

³⁶⁷ En adaptación a la LO 15/99, de 13 de diciembre, sobre Protección de Datos, el nuevo precepto establece: «La recogida, tratamiento automatizado y cesión de los datos de carácter personal de los reclusos contenidos en los ficheros se efectuará de acuerdo con lo establecido en la legislación sobre protección de datos de carácter personal y sus normas de desarrollo».

«1. Las actuaciones encaminadas a garantizar la seguridad interior de los establecimientos consistirán en la observación de los internos, los recuentos de población reclusa, los registros, los cacheos, las requisas, los controles, los cambios de celda, la asignación adecuada de destinos y las actividades y cautelas propias de las salidas tanto fuera de los módulos como fuera del establecimiento.

2. La intensidad de las medidas señalada en el apartado anterior se ajustará a la potencial 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, respetándose en todo caso, los principios a que se refiere el apartado primero del artículo 71. 3 RP. Al fin señalado en el apartado anterior, la Administración Penitenciaria podrá constituir grupos especializados de funcionarios».

Sin embargo, el resultado normativo sigue sin ser del todo satisfactorio. Los nuevos artículos 6.4 y 65.2 RP crean una habilitación reglamentaria para la nueva Instrucción 12/2011 que, sin embargo, tal y como concluyó el TS, debiera tener rango legal³⁶⁸. De modo que respetando la jerarquía normativa fuera la LOGP la que contemplara la existencia de estos ficheros, el RP el que desarrollara aun mínimamente su contenido, y la correspondiente Instrucción la que le sirviera a fin de completar sus pormenores. No obstante, Cervelló Donderis se felicita del avance que la STS ha forzado, pues entiende que «refuerza la reserva de ley en el ámbito penitenciario, consiguiendo, al menos, el traslado al RP de la regulación de los FIES, lo que aun siendo insuficiente ya es un gran paso hacia la mejora en la exigencia del principio de legalidad»³⁶⁹.

Como sucedía para las limitaciones regimentales del artículo 75 RP, no se duda de la necesidad de la existencia de un fichero FIES dados los perfiles actualmente presentes entre la población penitenciaria. La peligrosidad y capacidad delictiva de determinados internos hace más que necesaria la intervención que las Instrucciones establecen y que en ningún caso llegan a rozar el carácter de trato inhumano que determinados foros quieren otorgarles. Al respecto, «(...) la necesidad de implementar procedimientos de seguridad ajustados a la potencial peligrosidad de los internos ha de entenderse en el marco de

³⁶⁸ En el mismo sentido, ARRIBAS LÓPEZ, J. E., «La Reforma del Reglamento Penitenciario en el laberinto», *Diario La Ley*, n.º 7543, Sección Doctrina, 10.01.11. El autor es contrario a la interpretación que realiza el TS sobre el hecho de que la pertenencia al fichero FIES implique una restricción de derechos más allá de las que se derivan de la propia aplicación de la normativa penitenciaria. No obstante, una vez establecida dicha interpretación, no queda otra opción que proceder a su regulación en una norma con rango de ley. En este sentido, MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, p. 178, donde refiere que: «Es en la LOGP y no en el RP donde con precisión deben recogerse aquellas normas de las que pueda derivarse un riesgo para los derechos fundamentales del penado». Igualmente, en «Contenido y límites de la privación de libertad (Sobre la consuetudinaria de las sanciones disciplinarias de aislamiento)», *Eguzkilore*, n.º extraordinario 12, 1998, pp. 101-102.

³⁶⁹ CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 22. Igualmente, en *La Ley Penal*, 2010.

la política de seguridad general. El sistema penitenciario es uno de los instrumentos a disposición del Estado para hacer frente a las amenazas y riesgos para la seguridad (...). Junto a las acciones de persecución y protección, la prevención exige la elaboración de una estrategia articulada de mejora de los servicios de información e inteligencia, así como la aprobación de normas organizativas de vigilancia, control e intervención ante intentos de los reclusos de dar continuidad a las actividades delictivas en los centros penitenciarios»³⁷⁰. Así, sería inadmisibles que el sistema penitenciario fuera tan laxo en su mandato de seguridad que permitiese la continuidad de la actividad delictiva entre sus muros. Más aún, teniendo en cuenta «el incremento del número de internos ingresados por actividades terroristas en nuestros establecimientos, con especial relevancia y significación en el supuesto del denominado terrorismo yihadista, siendo particularmente preocupante el fenómeno de captación y proselitismo de eventuales terroristas en el interior de los centros»³⁷¹.

Lo anterior sin embargo, no obsta para destacar lo inadecuado de la técnica normativa empleada. Ni el RP, ni mucho menos las instrucciones, son normas suficientes para establecer por sí solas el fichero FIES. En general, no podemos decir que la inclusión de un interno en el fichero conlleve la aplicación automática de un nuevo régimen de cumplimiento. La mayor parte de la Instrucción 12/2011 se destina a enumerar información penal y penitenciaria de los internos FIES relevante a efectos de conocimiento por el Centro Directivo y a establecer que determinadas medidas de control –especialmente, las que afectan a las comunicaciones– se lleven a cabo con especial celo³⁷². A su vez, la norma insiste en el carácter individualizado que han de tener todas las medidas que respecto de los internos FIES se adopten. Así, «la aplicación de medidas que impliquen limitaciones regimentales o restricción o limitación de derechos no deben fundamentarse en la inclusión del interno en el fichero FIES, sino en la necesidad de proteger otros derechos o de preservar la seguridad, buen orden del establecimiento o interés del tratamiento, derivada de las circunstancias personales del interno afectado»³⁷³. Sin embargo, partir de una norma que divide a los internos en grupos facilita que se adopten medidas generales y cuasi automáticas para sus miembros³⁷⁴. La propia Instrucción 12/2011 se delata cuando, a renglón seguido del párrafo transcrito, admite que

³⁷⁰ Instrucción 12/2011, SG.II.PP., ob. cit., p. 2, conforme a la Exposición de Motivos del RD 419/2011, de 25 de marzo, de modificación del RP.

³⁷¹ Instrucción 12/2011, SG.II.PP., ob. cit., p. 3.

³⁷² RÍOS MARTÍN, J. C., *CDP*, 1998, pp. 4-9, enumera dichas medidas.

³⁷³ Instrucción 12/2011, SG.II.PP., ob. cit., p. 4.

³⁷⁴ RÍOS MARTÍN, J. C., *CDP*, 1998, p. 16; RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, p. 659.

«la individualización de dichas circunstancias –las personales del penado– puede satisfacerse con la concurrencia de rasgos comunes a los pertenecientes a un colectivo concreto o a una organización (STC 141/1999, de 22 de julio)»³⁷⁵.

Por tanto, la pertenencia al fichero FIES se traduce en mayores restricciones regimentales para los grupos de internos en que se divide. Y de nuevo, a pesar de la mayor parte de las restricciones se adoptan dentro los límites que marcan la LOGP y el RP³⁷⁶, la dinámica de mayor celo que se establece en torno al fichero y los internos que lo componen, provoca que en ocasiones la propia Instrucción 12/2011 se extralimite. Así, cuando determina que «periódicamente y por estrictas razones de seguridad, serán cambiados de celda. Dichos cambios no se efectuarán con una periodicidad inferior a dos meses, salvo que existan motivos concretos para hacerlo de modo inmediato»³⁷⁷. Con ello, se introduce una medida limitadora desde el punto de vista regimental, prevista en el nuevo artículo 65.1 RP, pero respecto de la que, a diferencia de lo que sucede con recuentos, cacheos y requisas, no existe habilitación legal alguna³⁷⁸.

Más allá de lo anterior, y por ese halo de peligrosidad que se presupone a sus miembros, lo cierto es que la inclusión en el fichero también acaba teniendo consecuencias en la valoración tratamental que se pueda hacer respecto de determinadas salidas. En definitiva, no sólo se favorece la aplicación general de mayores medidas de seguridad para los internos FIES, sino también su exclusión del inicio de la trayectoria de reinserción³⁷⁹. Como acertadamente apunta Cervelló Donderis:

³⁷⁵ Instrucción 12/2011, SG.II.PP., ob. cit., p. 4.

³⁷⁶ ARRIBAS LÓPEZ, J. E., *Diario La Ley*, 2009, sigue la interpretación de la AN en su Sentencia de 01.03.04, considerando que la Instrucción 12/2011 no establece limitaciones regimentales más allá de las previstas por la LOGP y el RP. Sin embargo, a nuestro entender, el exceso de las instrucciones es más sutil, pues por su propia estructura y dinámica de funcionamiento, sí que acaba suponiendo una forma determinada de aplicar la normativa penitenciaria, tanto en términos de régimen, como con incidencia en el tratamiento.

³⁷⁷ Instrucción 12/2011, SG.II.PP., ob. cit., p. 12.

³⁷⁸ A pesar de que la STC 89/2006, de 27 de marzo, determina que la celda que ocupa un interno en un centro penitenciario no es su domicilio en el sentido constitucional del término –«tal recinto no reúne las características de haber sido objeto de elección por su ocupante ni la de configurarse como un espacio específico de exclusión de la actuación del poder público»–, el Alto Tribunal reconoce en esa y otras sentencias (STC 283/2000, de 27 de noviembre) que «es innegable que la celda de un centro penitenciario es un ámbito de intimidad para su ocupante, un espacio apto para desarrollar vida privada, en la medida en que la misma cabe en una situación tal de reclusión». Por tanto, cualquier medida regimental que afecte la permanencia o el desenvolvimiento del interno en la misma afecta al derecho fundamental a la intimidad, debiendo contar con habilitación legal para ello.

³⁷⁹ Aunque en minoría, así lo han destacado algunas resoluciones como el AJVP n.º 3 de Madrid de 14.7.1995 antes mencionado y, especialmente, el AAP de Madrid n.º 571/1997 al destacar que: «raro será

«Aunque actualmente ya no se trate de una clasificación (de hecho puede ser FIES quien no está en primer grado y viceversa) sino de una base de datos para disponer de mayor información sobre las circunstancias penales, procesales y penitenciarias de determinados grupos de reclusos, todavía siguen vigentes las denuncias sobre su improcedencia e ilegalidad por ser un régimen encubierto sin la debida autorización judicial que permite un endurecimiento similar al régimen cerrado. Además preocupa la utilización que se puede hacer de estos datos para la posterior denegación de permisos o comunicaciones y que en definitiva suponga una restricción de derechos sin la debida cobertura legal, aunque al menos ahora el RP ya los regule»³⁸⁰.

Desde nuestro punto de vista, sería conveniente plantear modificaciones legales orientadas a dar cobertura a la problemática que tratamos. De manera que, al margen de cualquier configuración grupal, se habiliten instrumentos legales que, concurriendo determinadas circunstancias personales, permita una intensificación de las medidas de seguridad sobre aquellos internos en los las mismas concurren. Y ello, repetimos, en función de las características que en ese momento dado manifiesten individualmente y no por su pertenencia a un grupo establecido en un fichero configurado tan al margen de la ley³⁸¹. A su vez, aplicar en esta materia tan sensible la técnica jurídica más depurada acabaría con las especulaciones que genera su tratamiento normativo actual de carácter formal meramente interno. Prescindir de los grupos FIES como tal estructurados y rescatar de cara al público la norma que se propone acallaría las discusiones tan estériles que acompañan la situación actual y desenfocan el objetivo de la verdadera peligrosidad que muchos de los internos FIES suponen³⁸². En palabras de Arribas López: «(...) a nuestro juicio, sería necesario no ya proceder a una modificación del RP/1996, sino a iniciar el camino de una reforma de la propia LOGP que, después de una profunda reflexión y valoración, terminase de una vez por todas con la polémica generada con respecto al FIES y la adopción de medidas de seguridad más intensas sobre determinados internos»³⁸³.

que el control adecuado y especial seguimiento no afecten cuando menos a la vida regimental y probablemente también a la vigilancia y al propio sistema de clasificación».

³⁸⁰ CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 233. En sentido similar, RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, pp. 663-664.

³⁸¹ RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, pp. 664-666, exponen mecanismos ya existentes en la normativa penitenciaria que permitirían alcanzar la finalidad que el fichero se propone, de manera más garantista y adecuada a la finalidad penitenciaria.

³⁸² En este sentido, BARAS GONZÁLEZ, B., «El régimen penitenciario», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R., 2015, pp. 143-144.

³⁸³ ARRIBAS LÓPEZ, J. E., *Diario La Ley*, 2011, p. 10.

Sin embargo, estamos lejos de tal situación. La reciente Sentencia del TSJ de Madrid de 24 de junio de 2013, posterior por tanto a la STS de 17.03.09, no sólo no reclama la habilitación legal del fichero, sino que se retrotrae a la situación anterior a la intervención del TS para justificar su configuración, de nuevo, en las relaciones de sujeción especial. En concreto:

«La Instrucción 12/2011 se integra entre los denominados por la doctrina «reglamentos administrativos o de organización» dictados en el marco de las relaciones de «sujeción especial» en los que la Administración tiene un mayor poder de disposición. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo de 11 de abril de 1981, distingue en la potestad reglamentaria de la Administración una mayor o menor autonomía según se ejerza ad intra, es decir, con fines puramente auto-organizativos o en el marco de las relaciones especiales o ad extra, cuando regula obligaciones de los ciudadanos en situación de sujeción general; si bien, en ambos casos esta potestad aparece limitada (principios de jerarquía normativa, irretroactividad,...). La consideración de las personas recluidas en un centro penitenciario dentro de las «relaciones de sujeción especial» ha sido reconocida expresamente por el Tribunal Constitucional (STC 2/1987 de 21 de enero, FFJJ 2 y 4; 120/1990 de 27 de junio, FJ 6; 129/1995 de 11 de septiembre, FJ 3; 35/1996 de 11 de marzo, FJ 2; 60/1997, de 18 de marzo, FJ 1; entre otras)».

5. INCIDENCIA TRATAMENTAL DE UN SISTEMA QUE SE CONTRADICE

El análisis llevado a cabo muestra una construcción de garantías jurídicas ad hoc para los internos en centros penitenciarios que nada o poco tiene que ver con la que sustenta las garantías habituales para el resto de los ciudadanos. A su vez, ello nos da idea de cómo un concepto que tanto la doctrina como la mayor parte de la jurisprudencia declaran trasnochado, sigue justificando, aún de manera soterrada, la situación jurídica diferenciada que de facto se produce. Mapelli Caffarena, a pesar del avance en la postura del TC que el mismo analiza, refiere:

«Pero en el reconocimiento del condenado como miembro de pleno derecho de la comunidad jurídica (“gozará de los derechos fundamentales de este capítulo” artículo 25. 2 CE) hay todavía grandes dosis de formalidad. Cuando los principios generales pasan a ser desarrollados por las normas especiales e interpretados por los tribunales se observa cómo sufren un proceso de debilitamiento que, en el mejor de los casos, sólo permite afianzar los aspectos más esenciales de esos derechos».

En este sentido:

«Las relaciones especiales de sujeción corren el peligro de convertirse en una especie de legitimación global que puede emplearse por la administración penitenciaria tanto para resolver según sus propias necesidades aspectos no contemplados por las normas penitenciarias como hacer de ellas interpretaciones más estrictas o extensivas. Su propia indeterminación favorece su uso como una auténtica teoría del poder en un ámbito particularmente frágil y en donde los riesgos de lesiones graves e irreversibles a los derechos fundamentales son evidentes»³⁸⁴.

A lo largo de la exposición, hemos visto los ejemplos más destacados de lo que el autor señala. Así, habiendo acuerdo en que el artículo 25.1 CE contempla la aplicación de los principios de legalidad y *non bis in idem* para la potestad disciplinaria, vemos que, en el ámbito penitenciario, ni uno ni otro son satisfechos. El de legalidad, al estar previstas las infracciones en una norma reglamentaria obsoleta. El de *non bis in idem*, al establecerse como justificación para la aplicación de las sanciones juntos con las penas, lo que constituye fundamento último de todas ellas: la seguridad y el buen orden en los establecimientos. Concepto ya de por sí extenso, que se interpreta en un sentido amplísimo para permitir el castigo de conductas cometidas fuera del establecimiento penitenciario. Con todo ello, la concurrencia del orden penal y disciplinario se torna inevitable. El artículo 25.2 CE, por su parte, establece la reserva de ley absoluta para la restricción de los derechos fundamentales durante el cumplimiento. Sin embargo, hoy por hoy, a pesar de las reclamaciones judiciales al respecto, ni las limitaciones regimentales del artículo 75 RP ni el régimen FIES encuentran habilitación legal suficiente.

La incidencia de esta situación en la finalidad de la labor penitenciaria es sutil y ha sido poco abordada, pero no por ello es menos relevante. Si de acuerdo con el artículo 25.2 CE y el artículo 1 LOGP, el objetivo principal de la pena privativa de libertad es la reeducación y reinserción social de los condenados como ciudadanos responsables y autónomos, la situación que describimos conlleva ciertas contradicciones internas que hacen mella en el logro de dicho objetivo.

En primer lugar, resulta un tanto falaz, que el sistema penitenciario exija a los internos el respeto a sus normas, siendo ese mismo sistema el que no respeta sus derechos y garantías jurídicas fundamentales. A su vez, se trabaja en la reinserción en términos de igualdad, cuando el sistema constantemente les está recordando que son distintos. Con ello, y en contra de los principios

³⁸⁴ MAPELLI CAFFARENA, B., *Eguzkilore*, 1998, pp. 88 y 95-96, respectivamente.

más básicos del tratamiento, se genera la idea de un microcosmos penitenciario, altamente favorable a la *prisionización*, pero que dificulta enormemente la adaptación posterior al mundo exterior normalizado. Así, se castigan determinadas conductas que no tienen significado negativo en el medio social —ya vimos el contenido de ciertas infracciones, como la de participar en juegos de azar—; no se distingue entre diferentes grados de participación y ejecución, sino que el castigo disciplinario se tipifica de modo genérico; una misma conducta realizada acaba siendo castigada de manera acumulativa mediante varios mecanismos limitadores de derechos —ello no sólo a través del incumplimiento o del cumplimiento meramente formal del principio *non bis in idem* en el régimen sancionador, sino también, como ejemplo, la posesión de un teléfono móvil suele dar lugar a la aplicación del artículo 75 RP y a la imposición de la sanción correspondiente en tanto que objeto prohibido—; finalmente, muchos de esos mecanismos no encuentran habilitación legal ni por tanto, suficiente publicidad ni rigor jurídico para las funciones limitadoras que ejercen.

Con este proceder se están reforzando dos conductas negativas los internos. De un lado, su enfrentamiento institucional, en la medida en que consideran que la situación jurídica en la que se hallan es injusta. De otro, una especie de indefensión aprendida, conforme a la que los internos aprenden que con independencia de cualquier conducta que realicen, de cualquier mejora tratable que lleven a cabo, siempre van a ser tratados de manera diferente al resto de los ciudadanos. Algo así como si sus esfuerzos no fueran a servir realmente para avanzar en lo que a mejora vital y personal se refiere. En relación con esto último, destaca el análisis que realiza Lacal Cuenca sobre la relación entre la apertura normativa del artículo 75 RP y la indefensión aprendida. De acuerdo con el autor:

«Es fácil deducir que los procesos de aprendizaje en el individuo se producen cuando a través de procesos mentales como el análisis de alternativas, se llevan a cabo conductas de las que se obtiene un resultado apetecible o evita los resultados indeseables, los cuales refuerzan la consolidación de tales conductas y aumentan la probabilidad de su aparición en el futuro. Pues bien, (...) es fácil deducir que cuanto más previsibles sean las consecuencias de las conductas mejor será el aprendizaje. Si las consecuencias nada tienen que ver con lo esperado, se produce una reordenación cognitiva enfocada a poner en marcha una conducta distinta, y si esta a su vez tampoco da los resultados apetecidos, entramos en el bucle que desemboca en lo que se ha dado en llamar la indefensión aprendida, que además de ocasionar una pérdida de motivación «nada tiene que ver mi conducta con los resultados obtenidos», por un proceso de asimilación y acomodación deriva en incapacidad para aprender conductas nuevas que nos lleven a evitar circunstancias desagradables y a obtener recompensas apetecibles. Por todo ello, y desde un punto de vista psicológico el aislamiento en prisión debe ser lo

más reglado posible, de manera que sus antecedentes, duración y condiciones sean atribuibles directamente a la conducta puesta de manifiesto por el individuo»³⁸⁵.

En definitiva, la pervivencia del concepto de relación de sujeción especial y sus consecuencias en el ámbito penitenciario no sólo generan una situación de facto injusta, sino que justifica conductas del todo contraproducentes a los fines de responsabilidad y autonomía que la norma penitenciaria pretende. Como acertadamente refiere Mapelli Caffarena, «Estos y otros ejemplos de desmesura penitenciaria no sólo llaman la atención porque se hacen contra la propia ley, sino porque lejos de toda lógica jurídica, se hacen contra aquellos mismos derechos que se pretenden promocionar para asegurar las metas de la institución»³⁸⁶. Todo ello con implicaciones globales que afectan al conjunto del sistema de cumplimiento que incumple el mandato del artículo 25.2 CE en dos de sus premisas: se aleja de su finalidad eminentemente resocializadora, a la par que restringe los Derechos Fundamentales de los internos más allá del mandato de la ley y el sentido del fallo condenatorio. Según el mismo autor:

«A modo de resumen, consideramos que la teoría de las relaciones especiales de sujeción tiene como presupuesto una concepción absoluta del Estado. Incluso con un discurso contradictorio la jurisprudencia emplea dicha teoría para favorecer una actividad administrativa, sobre todo en el ámbito disciplinario, ajena a los principios y exigencias constitucionales. Sin embargo, en relación con el sistema penitenciario la relación especial de sujeción traspasa el marco disciplinario para servir de fundamento a un sistema penitenciario retributivo en donde el interno ve anulados o esencialmente restringidos Derechos Fundamentales que son inalienables por mandato constitucional. Por estas razones, el empleo aquí de esta teoría se torna si cabe más grave y criticable. Una concepción resocializadora de la ejecución penitenciaria no es imaginable en un sistema penitenciario regido por la idea de supremacía de la Administración. La Administración Penitenciaria sólo está legitimada a restringir los Derechos Fundamentales que no pueden ejercerse en un estado de privación de libertad. Ahora bien, la concepción resocializadora de la prisión obliga a en tender la ejecución en un proceso de recuperación social del penado, es decir, en un proceso de recuperación de los Derechos Fundamentales restringidos por la imposición de la pena»³⁸⁷.

La comodidad que la pervivencia del concepto de relación de sujeción especial implica para el funcionamiento interno de la A. P. dificulta enorme-

³⁸⁵ SOLAR CALVO, P., LACAL CUENCA, P., *Diario La Ley*, 2013, pp. 11-12.

³⁸⁶ MAPELLI CAFFARENA, B., *Eguzkilore*, 1998, p. 89.

³⁸⁷ MAPELLI CAFFARENA, B., *EPyC*, 1993, pp. 325-326. Igual de crítico con la situación, destaca su incompatibilidad con el éxito del tratamiento penitenciario y su objetivo de reinserción, TÉLLEZ AGUILEIRA, A., *ADPCP*, 1999, pp. 332-333.

mente los cambios en el sentido que reclamamos. Por ello, es fundamental que los órganos judiciales acojan con rotundidad la postura asumida en su día por el TS en su Sentencia de 17.03.09 para el supuesto del fichero FIES. De modo que la regulación de derechos y deberes de los internos responda a los mismos principios y garantías que la del resto de ciudadanos.

CAPÍTULO V

EL RÉGIMEN DE QUEJAS Y RECURSOS: UNA PROTECCIÓN EXCESIVA Y, A LA PAR, INCOMPLETA

1. TERMINOLOGÍA CONFUSA: EN BUSCA DEL SENTIDO NORMATIVO

Al margen de los errores internos del propio sistema penitenciario, pero como elemento altamente distorsionador del mismo y de la finalidad que pretende, es inevitable abordar el régimen de recursos propio de la jurisdicción penitenciaria. Al respecto, sorprende que, a pesar de su incidencia sobre la libertad de los condenados, el legislador únicamente dedique a esta materia una DA escondida en una norma totalmente ajena al cuerpo normativo penitenciario, provocando con ello importantes contradicciones e imprecisiones terminológicas. De hecho, son muchos los autores que han tratado entender esta materia y completar sus deficiencias normativas³⁸⁸.

³⁸⁸ Destacan LEGANÉS GÓMEZ, S., 2005, pp. 185-212; 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*, n.º 5, Septiembre-Octubre, 2003, pp. 11 y ss.; Los recursos en la jurisdicción de vigilancia penitenciaria», *La Ley Penal*, n.º 23, 2006, pp. 42-56; FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., «El sistema de recursos en Derecho Penitenciario», *RJCV*, n.º 22, 2007, pp. 113-128; MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, pp. 165-166 y 178-182. De manera muy completa, CERVELLÓ DONDERIS, V., 2011, pp. 154-174, ofrece una visión sobre la regulación actual –incluyendo una exhaustiva enumeración de las funciones de los JJVP dispersas a lo largo de la normativa penal y penitenciaria–, aporta soluciones para sus deficiencias y propuestas para futuras modificaciones. Igualmente, GARCÍA ALBERO, R., «Aspectos procesales de la ejecución penitenciaria», en GARCÍA ALBERO, R., TAMARIT SUMALLA, J., 2004, pp. 128-155; TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, pp. 303-340; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NIS-TAL BURÓN, J., 2016, pp. 105-112 y, en mayor profundidad, pp. 967-999; RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, pp. 671-691; ANDRÉS LASO, A., 2016, pp. 255-290; y el reciente estudio realizado por BENÍTEZ YÉBENES, J. R., 2017, pp. 287 y ss. A su vez, sobre el papel de la Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria, ALONSO

Así, es la DA 5.^a de la LO 6/85, de 1 de junio, del Poder Judicial (LOPJ) la que determina el régimen jurídico procesal aplicable a las decisiones administrativas que acaecen en las prisiones. Introducida por la LO 5/2003, de 27 de mayo de modificación de la LOPJ, LOGP y Ley de Demarcación y Planta Judicial, la redacción dada a sus últimos 5 apartados responde a su vez a la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas. En concreto, establece lo que sigue:

«1. El recurso de reforma podrá interponerse contra todos los autos del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

2. 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.

En el caso de que el penado se halle cumpliendo varias penas, la competencia para resolver el recurso corresponderá al juzgado o tribunal que haya impuesto la pena privativa de libertad más grave, y en el supuesto de que coincida que varios juzgados o tribunales hubieran impuesto pena de igual gravedad, la competencia corresponderá al que de ellos la hubiera impuesto en último lugar.

3. Las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en lo referente al régimen penitenciario y demás materias no comprendidas en el apartado anterior serán recurribles en apelación o queja siempre que no se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa. Conocerá de la apelación o de la queja la Audiencia Provincial que corresponda, por estar situado dentro de su demarcación el establecimiento penitenciario.

4. 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.

5. 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.

DE ESCAMILLA, A., *CPC*, 1990, pp. 147-164; del mismo autor, *El Juez de Vigilancia Penitenciaria*, Civitas, Madrid, 1985 y; ASENCIO CANTISÁN, H., «La intervención judicial en la ejecución de la pena desde una perspectiva resocializadora», *Poder y Control*, n.º 3, 1987, pp. 135-142; RACIONERO CARMONA, F., «Relaciones entre la Administración Penitenciaria y la Jurisdicción de Vigilancia. Competencias y Conflictos», VV. AA., *Criterios refundidos (...)*, 1995, pp. 13-37; «El Juez de Vigilancia Penitenciaria: historia de un afán», *Eguzkilore*, n.º extraordinario 12, 1998, pp. 37-60; DOÑATE MARTÍN, A., «Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria: Naturaleza, órganos y competencia», *CDJ. Ejemplar dedicado al Derecho Penitenciario*, n.º 33, 1995, pp. 11-65; MARTÍN DIZ, F., *El Juez de Vigilancia Penitenciaria: garante de los derechos de los reclusos*, Comares, Granada, 2002; SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I., «El Juez en la ejecución de las penas privativas de libertad», *RECPC*, n.º 07-11, 2005, pp. 1-20.

Los recursos de apelación a que se refiere el párrafo anterior se tramitarán con carácter preferente y urgente.

6. Cuando quien haya dictado la resolución recurrida sea un Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, tanto en materia de ejecución de penas como de 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.

7. Contra el auto por el que se determine el máximo de cumplimiento o se deniegue su fijación, cabrá recurso de casación por infracción de ley ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que se sustanciará conforme a lo prevenido en la [Ley](#) de Enjuiciamiento Criminal.

8. 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.

9. El recurso de apelación a que se refiere esta disposición se tramitará conforme a lo dispuesto en la [Ley](#) de Enjuiciamiento Criminal para el procedimiento abreviado. Estarán legitimados para interponerlo el Ministerio Fiscal y el interno o liberado condicional. En el recurso de apelación será necesaria la defensa de letrado y, si no se designa procurador, el abogado tendrá también habilitación legal para la representación de su defendido. En todo caso, debe quedar garantizado siempre el derecho a la defensa de los internos en sus reclamaciones judiciales.

10. 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».

En términos generales, como esquema orientativo, la norma transcrita se refiere a tres tipos diferentes de recursos. En primer lugar, el régimen de quejas y recursos penitenciarios en sentido más estricto. En segundo lugar, el recurso interpuesto impugnando el auto de acumulación de condena que el artículo 76 CP permite³⁸⁹. Por último, el recurso de casación para la unificación de doctrina. Teniendo lo anterior en cuenta, la fractura terminológica que antes refería-

³⁸⁹ Se trata de un recurso incidental en este trabajo. Abordan sus peculiaridades y las dudas que su regulación plantea, TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, p. 337.

mos se da cuando hablamos del primer supuesto. Para comprender el alcance del problema hemos de acudir primero a la regulación penitenciaria al respecto.

La LOGP trata de la Información, Quejas y Recursos en el Capítulo VII de su Título II dedicado al Régimen Penitenciario, preceptos que se completan con lo que establece al regular la figura del Juez de Vigilancia en su Título V. En concreto, nos interesan los artículos 50 y 76.2 de la misma. El primero determina de manera general que:

«1. Los internos tienen derecho a formular peticiones y quejas relativas a su tratamiento o al régimen del establecimiento ante el Director o persona que lo represente, a fin de que tome medidas oportunas o, en su caso, las haga llegar a las autoridades u Organismos competentes. Si fueran hechas por escrito, podrán presentarse en pliego cerrado, que se entregará bajo recibo.

2. Si los internos interpusieren alguno de los recursos previstos en esta Ley, los presentarán asimismo antes el Director del establecimiento, quien lo hará llegar a la autoridad judicial, entregando una copia sellada de los mismos al recurrente».

Sobre todos ellos, peticiones, quejas y recursos, el artículo 76.2 LOGP establece algunas concreciones. Principalmente, lo relativo a la diferencia que existe entre unos y otros y las consecuencias jurídicas que ello conlleva. Así, de su segundo apartado, nos interesan las siguientes letras:

«2. Corresponde especialmente al Juez de Vigilancia:

e) Resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias.

f) Resolver en base a los estudios de los Equipos de Observación y de Tratamiento, y en su caso de la Central de Observación, los recursos referentes a clasificación inicial y a progresiones y regresiones de grado.

g) Acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos o beneficios penitenciarios de aquellos».

Por tanto, y desde el punto de vista penitenciario, son recursos en sentido estricto los que se dictan en materia disciplinaria y de clasificación. El resto de solicitudes reciben, según su contenido, el nombre de peticiones o quejas y pueden dirigirse tanto a las autoridades penitenciarias como a la propia autoridad judicial.

Expuesta la normativa específica, y como referíamos al principio, la terminología que uno y otro cuerpo jurídico utilizan no es coincidente. Los recursos que se enumeran en la LOPJ casan mal con los descritos antes como emi-

nementemente penitenciarios, o al menos, no coinciden con ellos, sin que a primera vista pueda encontrarse equivalencia. Así, hace referencia a un recurso de queja procesal que nada tiene que ver con la queja penitenciaria. Pero para mayor confusión, la DA refiere la existencia de recursos de apelación contra resoluciones de la Administración Penitenciaria sin que tal concepto se defina más allá de lo meramente enunciativo. De manera un tanto paradójica, lo único que parece definirlos es que se trata de recursos de apelación cuya resolución inhabilita la interposición posterior de una nueva apelación, lo cual anuncia ya una dudosa lógica interna de la LOPJ en este punto³⁹⁰.

Tratando de dar cierto sentido a la DA, se interpreta que los recursos de apelación a que contempla son de dos tipos. Los primeros distan de lo que tradicionalmente se entiende por apelación conforme a la normativa procesal. Así, vendrían referidos a la primera intervención judicial sobre cualquier tipo de decisión administrativa consecuencia de la actuación de un interno que transforma el procedimiento meramente administrativo-penitenciario en otro judicial. Poniendo en común ambos cuerpos normativos, el término coincidirá con el de recursos penitenciarios en sentido estricto del artículo 76 LOGP en los supuestos relativos a las sanciones o materia de clasificación. En el resto de supuestos en que se hubiera interpuesto una queja, el recurso de apelación de la DA será coincidente, bien con la actuación que recurre la decisión administrativa acerca de lo planteado, bien con la misma queja en sí si se presenta directamente en sede judicial³⁹¹. Los segundos por su parte coinciden con lo que habitualmente se entiende por apelación y son aquellos para los que la DA establece la aplicación subsidiaria de la LECr.

³⁹⁰ Para MAPELLI CAFFARENA, B., *Eguzkilore*, 1998, p. 106: «De las dificultades de adaptación de la nomenclatura procesal da cuenta la DA en su 2.º apartado cuando, a falta de una terminología más precisa, habla de «recurso de apelación contra resolución administrativa». Destacan esta confusión, TÉLLEZ AGUILERA, A., *Revista SEPIN práctica penal*, 2003, p. 12; GARCÍA ALBERO, R., «Aspectos procesales de la ejecución penitenciaria», en GARCÍA ALBERO, R., TAMARIT SUMALLA, J., 2004, p. 142; TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, p. 332.

³⁹¹ Si prescindimos de este matiz penitenciario y en tanto se trata del primer acto de judicialización de la actividad administrativa, lleva razón CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 161, cuando refiere que: «lo que la DA impropriadamente declara que se trata de la resolución de un recurso de apelación contra resolución administrativa, cuando debería deciralzada». De la misma opinión, TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, p. 332. Sin embargo, teniendo en cuenta la normativa penitenciaria expuesta, NISTAL BURÓN, J., «El recurso de apelación en materia penitenciaria. Su controvertida procedencia contra los autos de los Jueces de Vigilancia desestimatorios de las quejas penitenciarias», *Diario La Ley*, n.º 6376, Sección Doctrina, 12.12.05, p. 4, propone que se denomine recurso ordinario porque ni son recursos judiciales (reforma, apelación, queja y casación regulados en la LOPJ) ni administrativos (alzada, reposición y revisión regulados en la normativa administrativa).

Sentada esta importante precisión terminológica, estamos en mejor disposición de comprender el régimen de recursos judiciales que la DA determina y su manifestación práctica.

2. REALIDAD PRÁCTICA DE LAS QUEJAS, PETICIONES Y RECURSOS

El RP detalla en su Capítulo V, Información, Quejas y Recursos dentro del Título II de la Organización General, el devenir procedimental tanto de lo que la LOGP califica de recursos como de las quejas y peticiones. Diferencia para ello los que se dirigen a autoridades internas de las que se presentan ante la jurisdicción de vigilancia. No obstante, se refiere únicamente a la tramitación interna a que estos procedimientos de solicitud dan lugar, no a su devenir posterior en sede judicial. Así, en cuanto a las peticiones y quejas ante la Administración Penitenciaria, el artículo 53 establece que:

«1. Todo interno tiene derecho a formular, verbalmente o por escrito, peticiones y quejas sobre materias que sean competencia de la Administración Penitenciaria, pudiendo presentarlas, si así lo prefiere el interesado, en sobre cerrado, que será entregado bajo recibo.

2. Dichas peticiones y quejas podrán ser formuladas ante el funcionario encargado de la dependencia que al interno corresponda, ante el Jefe de Servicios o ante el Director del Centro o quien legalmente le sustituya. El Director o quien éste determine habrán de adoptar las medidas oportunas o recabar los informes que estimen convenientes y, en todo caso, hacer llegar aquéllas a las Autoridades u organismos competentes para resolverlas.

3. Las peticiones y quejas que formulen los internos quedarán registradas y las resoluciones que se adopten al respecto se notificarán por escrito a los interesados, con expresión de los recursos que procedan, plazos para interponerlos y órganos ante los que se han de presentar.

4. Asimismo, los internos podrán dirigir peticiones y quejas al Defensor del Pueblo, que no podrán ser objeto de censura de ningún tipo».

Por su parte, el artículo 54 en cuanto a las quejas y recursos ante el JVP:

«1. Con independencia de lo dispuesto en el artículo anterior, los internos podrán formular directamente las peticiones o quejas o interponer recursos ante el JVP en los supuestos a que se refiere el artículo 76 de la LOGP.

2. Se entregará al interno o a su representante recibo o copia simple fechada y sellada de las quejas o recursos que formule.

3. Cuando el escrito de queja o de recurso se presente ante cualquier oficina de Registro de la Administración Penitenciaria, una vez entregado al interno o a su representante el correspondiente recibo o copia simple fechada y sellada,

se remitirá, sin dilación y en todo caso en el plazo máximo de tres días, al JVP correspondiente»³⁹².

Sobre la base de lo anterior, la DA organiza la tramitación de los recursos, peticiones y quejas en su fase judicial, completando, aunque de forma precaria, a la norma penitenciaria en este punto³⁹³.

2.1 Alcance, contenido y tramitación del recurso de apelación

La norma procesal permite la interposición del recurso de reforma con carácter general contra todas las resoluciones del JVP resolviendo lo que la LOPJ denomina primera apelación. Es decir, en terminología penitenciaria, resolviendo las peticiones o quejas que lleguen a la autoridad judicial o los recursos que se hubiesen interpuesto en el sentido definido por el artículo 76.2 LOGP. En cuanto al segundo tipo de recursos de apelación –el de mayor incidencia penitenciaria– y los recursos de queja, la situación cambia. Sólo se permite su tramitación si se interponen contra una resolución del JVP que no resuelva recurso previo contra resolución administrativa firme. Esto, excepto para las resoluciones relativas a clasificación a las que la norma exceptúa de tal limitación.

³⁹² CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 182-183, aborda la tipología y dinámica de presentación de las peticiones y quejas en el ámbito penitenciario. En concreto para las quejas, se plantea disyuntiva que en la práctica se resuelve de manera favorable a los internos, pero que no deja de ser interesante desde el punto de vista de su valoración jurídica. De acuerdo con la autora: «En estos casos, la interposición de queja, plantea el problema de entender si el conocimiento de la misma por el Juez de Vigilancia, al ser una impugnación contra una resolución administrativa, indica que el Juez de Vigilancia está actuando en segunda instancia y por tanto tras el recurso de reforma ya no cabe apelación, como entiende un sector minoritario, o bien, como parece más correcto, que es una primera instancia y por tanto, tras el recurso de reforma, sí que cabe recurso de apelación, lo que es defendido por los criterios de actuación de los Jueces de Vigilancia de 1993». Se trata de un interpretación acorde a la que aquí defendemos, pues la posibilidad de interposición de la apelación depende de la calidad de la resolución que se recurre y no tanto del tipo de queja o recurso inicialmente planteado. Igualmente, TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, p. 332. Por su parte, NISTAL BURÓN, J., *Diario La Ley*, 2005, p. 5, respalda la tesis contraria. Al hilo del derecho a la información, profundizan el estudio de su naturaleza y aspectos procedimentales, FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, pp. 521-528. Por su parte, RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, pp. 671-673, exponen los supuestos prácticos más comunes.

³⁹³ Como acertadamente apunta CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 160-161, se trata de una norma que prescinde del mínimo rigor procesal. Por ejemplo, olvida cualquier referencia a los plazos a cumplimentar para la interposición de los recursos, habiendo siendo necesario acudir a normativa supletoria, administrativa y procesal, para llegar a un consenso en relación a los mismos. En concreto, para los recursos iniciales contra decisiones administrativas, en virtud de acuerdo de los JJVP en su reunión de 1993, se aplican los plazos previstos en la normativa administrativa. También lo destacan y recogen, TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, pp. 328-329.

Traduciendo a la práctica lo que la norma implica, contra las sanciones impuestas en sede administrativa sin necesidad de autorización judicial, el artículo 76.2 e) LOGP permite un recurso inicial ante el JVP –lo que hemos llamado apelación del primer tipo según la DA–, y ésta por su parte la interposición del recurso de reforma pero no la apelación en sentido estricto, pues la resolución inicial del JVP resuelve un recurso contra una resolución administrativa firme³⁹⁴. En cuanto a los actos jurídicos contra las resoluciones administrativas referentes a la progresión de grado, clasificación inicial o regresión, esos otros que el artículo 76.2 f) LOGP califica de recursos en sentido penitenciario y, de nuevo, la LOPJ refiere como apelación en sentido general e inespecífico, la situación sería la misma que para las sanciones que no necesitan de autorización judicial, de no ser porque la propia DA exceptúa estos casos y permite el planteamiento de la apelación y la queja tras el recurso de reforma. Caso diferente es el de una queja del artículo 76.2 g) LOGP por denegación de permiso. El interno podrá quejarse ante el JVP, dando lugar a esa primera apelación que la DA refiere, y la decisión judicial adoptada podrá recurrirse en reforma, apelación y queja en todas aquellas ocasiones en que la salida necesita autorización judicial. Y lo mismo en los supuestos en que concurre la necesidad de validar judicialmente la ejecución de una sanción³⁹⁵. Así, respecto de las sanciones de aislamiento en celda de más de 14 días, el artículo 253.1 RP determina que: «(...) no serán en ningún caso ejecutivas hasta su aprobación por el Juez de Vigilancia» y, no siendo firme la decisión administrativa, podrá interponerse el recurso del artículo 76.2 e) LOGP y los de reforma, apelación y queja previstos en la DA³⁹⁶.

Esta situación da lugar a no pocas incongruencias. Primero, mientras que la imposición de una sanción tiene los recursos limitados en la mayoría de los casos, una queja libre, fuera de un procedimiento administrativo concreto, tiene las puertas abiertas a todas las instancias previstas. Imaginemos a un interno que se queja por el color de la ropa de cama del que le dota la Administración. Al tratarse de una queja realizada al margen de una resolución administrativa recaída tras la finalización de un procedimiento administrativo individualizado, el interno tendría vía libre para acudir en queja, reforma y

³⁹⁴ BENÍTEZ YÉBENES, J. R., 2017, p. 541.

³⁹⁵ Aborda esta importante puntualización, CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 340-341.

³⁹⁶ Es importante el matiz que introduce la STC 54/1992, de 8 de abril, que consideró que la aprobación del JVP de la aplicación del artículo 10 de la LOGP no es la resolución de un recurso, sino una resolución en primera instancia frente a la cual sí que es posible presentar recurso de apelación. Esto es, sólo impide la interposición de la apelación una resolución del JVP de un recurso previo, pero no su intervención dando el visto bueno a una actuación administrativa que así lo requiere.

apelación ante la autoridad judicial, agotando todas las instancias que la norma permite³⁹⁷. Igualmente, y en relación al régimen disciplinario, se dan supuestos que no dejan de ser llamativos, pues como resultado del esquema de recursos que la DA determina, pueden agotarse todas las vías de litigio posibles respecto de decisiones administrativas de menor carácter lesivo, ocurriendo lo contrario en relación a otras que implican un mayor gravamen jurídico a los internos. Así, la resolución administrativa que, en contra de la norma general, acuerda la ejecución inmediata de sanciones por comisión de actos de indisciplina grave, no podrá ser recurrida en sede judicial más allá de la mera reforma, pues se trata de una actuación administrativa firme que no necesita de posterior autorización. Y si bien, como hemos visto, el artículo 253.1 RP excluye de una posible ejecución inmediata las sanciones de aislamiento en celda superiores a 14 días, se permite la misma para las que no los superan, lo que de por sí supone una carga que, sin contradecir su posible ejecutividad inmediata, sí que debiera haber sido prevista por el legislador en aras de una mayor tutela jurídica del afectado³⁹⁸.

Más allá de lo anterior, la DA dedica la mayoría de sus apartados a organizar de forma general el devenir procesal de los recursos de apelación y queja, entendidos en sentido procesal y no penitenciario. Primero, establece una importante diferenciación competencial entre Tribunales Sentenciadores y Audiencias Provinciales. Segundo, sin excesiva sistemática pero sí excesivo carácter sumario, aborda asuntos tan relevantes como los relativos a la suspensión

³⁹⁷ Como indican TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, pp. 332-333: «se ha postulado, como criterio práctico y en pro de una interpretación a favor del derecho al recurso, que, salvo en materia disciplinaria, cabe en general apelación contra toda resolución de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria. Así lo han entendido los propios Jueces de Vigilancia en sus criterio refundidos de actuación aprobados en 1994».

³⁹⁸ De acuerdo con el artículo 252.2: «1. Los acuerdos sancionadores no serán ejecutivos en tanto no haya sido resuelto el recurso interpuesto por el interno ante el Juez de Vigilancia o, en caso de que no se haya interpuesto, hasta que haya transcurrido el plazo para su impugnación; 2. No obstante, conforme a lo establecido en el artículo 44.3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, cuando se trate de actos de indisciplina grave y la Comisión Disciplinaria estime que el cumplimiento de la sanción no puede demorarse, las sanciones impuestas serán inmediatamente ejecutadas, siempre que correspondan a los actos de indisciplina grave tipificados en las letras a), b), c), d), e) y f) del artículo 108 del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo; 3. Contra el acuerdo de ejecución inmediata de la sanción, el interno podrá acudir en vía de queja ante el Juez de Vigilancia, con independencia de la tramitación del recurso interpuesto. La tramitación de la queja y del recurso tendrá carácter urgente y preferente cuando la sanción de ejecución inmediata impuesta sea la de aislamiento en celda, en cuyo caso se procederá a su notificación inmediata al Juez de Vigilancia». Por su parte, en cuanto al aislamiento en celda, el artículo 253.2 RP: «2. No obstante, en los supuestos previstos en el artículo 236.3, la Comisión Disciplinaria podrá acordar la ejecución inmediata de las sanciones de aislamiento en celda, cuya duración acumulada no supere los catorce días, siempre que concurren los requisitos establecidos en el apartado 2 del artículo anterior y sin perjuicio de que todas las sanciones impuestas deban ser aprobadas por el Juez de Vigilancia».

de las resoluciones recurridas, la competencia excluyente de la Audiencia Nacional para los supuestos de intervención previa del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria (JCVP) por criterio material y finalmente, el modo de tramitación de estos recursos, aspecto este último respecto del que remite de manera demasiado general a la aplicación subsidiaria de la LECr.

Comenzando por la delimitación competencial, la norma distingue aquellos recursos de apelación contra resoluciones en materia de cumplimiento y ejecución de condenas de aquellos otros que tratan asuntos regimentales. Entre los primeros se incluyen principalmente los recursos en materia de grado de clasificación. En los segundos destacan los recursos contra las sanciones disciplinarias, las quejas por denegación de permiso y las planteadas por otras cuestiones regimentales como horarios u organización general interna del centro penitenciario. Pues bien, mientras que los primeros se resuelven por el Tribunal sentenciador, los segundos pertenecen al ámbito jurisdiccional de la Audiencia Provincial en la que esté enmarcado ese centro en cuestión.

La diferenciación, aunque puede parecer arbitraria en ciertos aspectos³⁹⁹, no deja de tener sentido. Es lógico que se establezca una separación entre aquellas decisiones que implican el acceso a mayores cotas de libertad para un interno y las que suponen la resolución de conflictos regimentales y de mera organización interna a nivel penitenciario. Ello permite que sea el órgano que juzgó al interno el que determine en última instancia las pautas más relevantes de cumplimiento de la condena. Es decir, que la labor de imposición de la condena no quede reducida, según la mejor o peor evolución del interno, por una posterior corrección introducida en sede judicial diferente. A la contra, se impide a la Administración Penitenciaria, con competencia exclusiva para trasladar a los internos de centro penitenciario, pueda determinar indirectamente los órganos judiciales competentes para decidir sobre el itinerario de reinserción de sus administrados. Y fundamental en este punto, con todo ello se evita de nuevo ese *vaciado penal* del que tanto se acusa al sistema penitenciario⁴⁰⁰. A su vez, que la intervención de la Audiencia Provincial sirva para

³⁹⁹ MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, p. 166, señala que la «artificiosidad de la diferenciación entre cuestiones relativas a la ejecución y al régimen penitenciario ha terminado dirigiendo todos los recursos a las Audiencias». En igual sentido, GARCÍA ALBERO, R., «Aspectos procesales de la ejecución penitenciaria», en GARCÍA ALBERO, R., TAMARIT SUMALLA, J., 2004, pp. 139-142; TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, p. 332; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, p. 982-983, al señalar las dificultades interpretativas que la distinción plantea.

⁴⁰⁰ Tomado de MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «El cumplimiento íntegro y efectivo de las penas», *Diario La Ley*, n.º 8211, Sección Doctrina, 13.12.03. No obstante las ventajas que referimos, TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, pp. 335-336, enumeran una serie de inconvenientes que también han de ser considerados –posible lejanía del órgano que dificulta el derecho de defensa, riesgo de decisiones judiciales contradictorias en materia de trayectoria de reinserción (los permisos corresponden

homogeneizar directrices regimentales contradictorias dentro de una misma zona de actuación, parece apropiado.

Sin embargo, no siempre es sencillo determinar qué resoluciones atañen al régimen y cuáles pertenecen a la ejecución de las penas, y, en relación a ambas, cuáles son recurribles en apelación, cuáles no y ante qué órgano⁴⁰¹. Igualmente, no se entiende que se haya impuesto la práctica de considerar que los permisos pertenecen a la parte propia del régimen, cuando es evidente su relevancia en el inicio de la trayectoria de reinserción y su influencia en la forma de cumplir condena⁴⁰². Del mismo modo, destaca por incongruente con la lógica de la misma DA, que la autoridad judicial competente para resolver el recurso sobre la suspensión de las decisiones que pueden dar lugar a excarcelación, sea la Audiencia Provincial y no el órgano sentenciador que va a resolver el recurso principal y conoce los antecedentes del caso de que se trata.

La complejidad que se deriva de todo ello motiva que tanto los JJVP como la mayor parte de la doctrina abogue por eliminar la distinción entre materias regimentales y de clasificación y la diferenciación competencial que la norma determina⁴⁰³. De modo que sean los Tribunales Superiores de Justicia y, en tanto esto sucede, las Audiencias Provinciales, con mayor facilidad para crear una Sección especializada en la materia, los que efectivamente se encarguen de todos los recursos de apelación⁴⁰⁴.

a las AP y la clasificación al Tribunal sentenciador) y agravios comparativos dentro del mismo centro penitenciario-. Profundiza en la problemática que se plantea, GARCÍA ALBERO, R., «Aspectos procesales de la ejecución penitenciaria», en GARCÍA ALBERO, R., TAMARIT SUMALLA, J., 2004, pp. 142-146.

⁴⁰¹ CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 163-164, quien al margen del Acuerdo no Jurisdiccional del TS de 28.6.2002, STS.9.7.2002 que establece que todos los recursos de apelación contra resoluciones relativas a la clasificación los resolverá el Tribunal sentenciador encargado de la ejecución de la condena, destaca las lagunas interpretativas que para los restantes supuestos se suceden. En la misma línea, ANDRÉS LASO, A., 2016, pp. 279-280, que califica la distribución competencial y material que realiza la norma de «dificultades de gran calado». Profundiza en la problemática práctica que este sistema dual de competencias conlleva, BENÍTEZ YÉBENES, J. R., 2017, pp. 370-395.

⁴⁰² Parece que hubiera pesado la regulación de los permisos dentro del Capítulo VI del Título II de la LOGP correspondiente al Régimen Penitenciario y sus antecedentes normativos como recompensa. Sin embargo, el Legislador olvida la evolución normativa producida entre la LOGP y el RP y con ello, el propio significado de los permisos dentro del sistema. La DA no sólo se sitúa físicamente al margen de la normativa penitenciaria, sino también de su propio sentido y contenido. Por su parte, ANDRÉS LASO, A., 2016, p. 221, atribuye la confusa naturaleza que se le atribuye a los permisos a la propia confusión normativa entre régimen y tratamiento.

⁴⁰³ TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, p. 336; BENÍTEZ YÉBENES, J. R., 2017, p. 391.

⁴⁰⁴ Esta y otras de las reclamaciones que realizamos se recogen en BUENO ARÚS, F., 2010, pp. 59 y ss. En concreto para la creación de las secciones especializadas, los JJVP reiteran su postura en el tercer acuerdo alcanzado dentro de los *Criterios y Acuerdo sobre la especialización del JVP*, aprobados en el encuentro de JJVP celebrado en Málaga los días 29-31 de mayo de 2017. Secundan su postura, FERNÁN-

Por su parte, la competencia exclusiva del JCVP se remite a aquellos delitos específicos respecto de los que la competencia de enjuiciamiento la AN es también exclusiva⁴⁰⁵. Dos precisiones se imponen en este punto. En primer lugar, dado que respecto de los mismos, el apartado 6 de la DA no contempla la puntualización de su apartado 2, podría interpretarse que en estos supuestos delictivos la apelación no cabe en caso de clasificación. Sin embargo, se trata de una conclusión que se rechaza, pues supondría conculcar no sólo el principio de igualdad sino el derecho a la tutela judicial efectiva de un importante número de internos. En segundo lugar, en estos de delitos pertenecientes al paraguas competencial de la AN, los recursos contra las resoluciones del JCVP se resolverán siempre por la Sala de lo Penal de la AN. Como señala Cervelló Donderis «con esta centralización se quiere evitar la controversia sobre los distintos pronunciamientos de clasificación en las Audiencias Provinciales respecto a internos terroristas»⁴⁰⁶. Muy crítico con este aspecto, García Albero lo destaca como ejemplo del *populismo punitivo* que luego analizamos, e intento

DEZ ARÉVALO, L., MAPELLI CAFFARENA, B., *Práctica forense penitenciaria*, Civitas, Madrid, 1995, p. 26; CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 165 y BENÍTEZ YÉBENES, J. R., 2017, p. 197.

⁴⁰⁵ En concreto, el artículo 65 LOPJ establece que «la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional conocerá: 1. Del enjuiciamiento, salvo que corresponda en primera instancia a los Juzgados Centrales de lo Penal, de las causas por los siguientes delitos: a) Delitos contra el Titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor, altos organismos de la Nación y forma de Gobierno, b) Falsificación de moneda y fabricación de tarjetas de crédito y débito falsas y cheques de viajero falsos, siempre que sean cometidos por organizaciones o grupos criminales, c) Defraudaciones y maquinaciones para alterar el precio de las cosas que produzcan o puedan producir grave repercusión en la seguridad del tráfico mercantil, en la economía nacional o perjuicio patrimonial en una generalidad de personas en el territorio de más de una audiencia, d) Tráfico de drogas o estupefacientes, fraudes alimentarios y de sustancias farmacéuticas o medicinales, siempre que sean cometidos por bandas o grupos organizados y produzcan efectos en lugares pertenecientes a distintas audiencias, e) Delitos cometidos fuera del territorio nacional, cuando conforme a las Leyes o a los tratados corresponda su enjuiciamiento a los Tribunales Españoles. En todo caso, la sala de lo penal de la Audiencia Nacional extenderá su competencia al conocimiento de los delitos conexos con todos los anteriormente reseñados; 2. De los procedimientos penales iniciados en el extranjero, de la ejecución de las sentencias dictadas por Tribunales extranjeros o del cumplimiento de pena de prisión impuesta por Tribunales extranjeros, cuando en virtud de un tratado internacional corresponda a España la continuación de un procedimiento penal iniciado en el extranjero, la ejecución de una sentencia penal extranjera o el cumplimiento de una pena o medida de seguridad privativa de libertad, salvo en aquellos casos en que esta Ley atribuya alguna de estas competencias a otro órgano jurisdiccional penal; 3. De las cuestiones de cesión de jurisdicción en materia penal derivadas del cumplimiento de Tratados Internacionales en los que España sea parte; 4. Del procedimiento para la ejecución de las órdenes europeas de detención y entrega y de los procedimientos judiciales de extradición pasiva, sea cual fuere el lugar de residencia o en que hubiese tenido lugar la detención del afectado por el procedimiento; 5. De los recursos establecidos en la Ley contra las sentencias y otras resoluciones de los Juzgados Centrales de lo Penal, de los Juzgados Centrales de Instrucción y del Juzgado Central de Menores; 6. De los recursos contra las resoluciones dictadas por los Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria de conformidad con lo previsto en la DA; 7. De cualquier otro asunto que le atribuyan las Leyes».

⁴⁰⁶ CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 163. Profundizan en la figura y sus motivos, ANDRÉS LASO, A., 2016, pp. 285-286; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, p. 978.

del poder ejecutivo de unificar y controlar las decisiones judiciales en materia de ejecución de pena para los delitos de terrorismo⁴⁰⁷.

Al margen de estas cuestiones competenciales, se impone una importante precisión en cuanto a la forma en que se está interpretando el punto 5 de la DA sobre el carácter suspensivo de los recursos de apelación. Al respecto, son dos las interpretaciones que se plantean en cuanto a los efectos de una litispendencia judicial sobre resoluciones administrativas posteriores. La primera parte de la superioridad jerárquica que en todo caso ha de existir entre las resoluciones judiciales y las administrativas, sea cuando sea que cada una de ellas se haya dictado y con independencia del procedimiento administrativo previo del que procedan. La segunda, con la que nos alineamos, entiende que la litispendencia de un recurso relativo a una valoración tratamental ajustada a un momento de cumplimiento concreto, no impide una valoración administrativa posterior más favorable y la efectiva ejecución de la resolución que resulte, siempre que dicha valoración se realice en tiempo y forma y tenga fundamentos de fondo que la avalen. Lo contrario supone una interpretación de la DA extensiva y en perjuicio del reo. En este sentido, el punto 5 de la DA determina el efecto suspensivo de las resoluciones que impliquen excarcelación en un procedimiento concreto y cuando se cumplan unos requisitos determinados⁴⁰⁸, pero no de modo general para todas las revisiones administrativas sobre clasificación en grado pudieran sucederse en el tiempo. Máxime si, como es el caso, cada una de esas revisiones, cada uno de esos procedimientos, es por sí mismo fiscalizable con carácter independiente del anterior. Esto es, estando pendiente una resolución judicial definitiva sobre una revi-

⁴⁰⁷ GARCÍA ALBERO, R., «Aspectos procesales de la ejecución penitenciaria», GARCÍA ALBERO, R., TAMARIT SUMALLA, J., 2004, pp. 128-136.

⁴⁰⁸ Recordemos que sólo «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», siendo delitos graves los que, de acuerdo al artículo 33.2 CP, llevan asociadas las siguientes penas: «a) La prisión permanente revisable. b) La prisión superior a cinco años. c) La inhabilitación absoluta. d) Las inhabilitaciones especiales por tiempo superior a cinco años. e) La suspensión de empleo o cargo público por tiempo superior a cinco años. f) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a ocho años. g) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior a ocho años. h) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo superior a cinco años. i) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años. j) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años. k) La privación de la patria potestad».

sión de grado anterior, nada impide al MF controlar y recurrir un acuerdo de progresión a tercer grado posterior⁴⁰⁹.

La cuestión no es baladí si consideramos los efectos jurídicos que se generan sobre los derechos de los internos. De seguirse la primera interpretación expuesta, puede darse la situación de que un interno que para la Junta de Tratamiento de un centro penitenciario merece la progresión al régimen de semi-libertad, haya de permanecer en segundo grado a la espera de la resolución firme de una revisión de grado anterior. Esto es, el simple hecho de haber interpuesto un recurso contra un mantenimiento en segundo grado previo puede significar mayor tiempo efectivo de internamiento para el interesado. Resulta que, desde la óptica de lo que constituye la finalidad última de la interposición de todo recurso –la defensa de los derechos y garantías jurídicas–, no deja de resultar paradójico.

La situación que describimos adquiere su verdadera dimensión si atendemos a los tiempos procedimentales a los que nos referimos. En concreto, conforme al artículo 105.1 RP, «cada seis meses como máximo, los internos deberán ser estudiados individualmente para evaluar y reconsiderar, en su caso, todos los aspectos establecidos en el modelo individualizado de tratamiento al formular su propuesta de clasificación inicial». Seis meses, desde el punto de vista penitenciario, es mucho tiempo. Tiempo que, no sólo implica efectivo cumplimiento para el interno, sino que desde el punto de vista de la evolución tratamental puede ser el tiempo requerido para una mayor consolidación en forma de más salidas de permiso, finalización de un programa de tratamiento asociado al tipo delictivo, etc. Aspectos todos ellos que no se pudieron considerar en la revisión de grado anterior y que, seis meses después, pueden justificar una progresión de grado.

A la contra, desde el punto de vista judicial, seis meses pueden no ser nada. Imaginemos un acuerdo de la Junta de Tratamiento de mantenimiento en segundo grado. Desde su adopción hasta que se produce la resolución adminis-

⁴⁰⁹ De acuerdo con esta interpretación, el AAP de Las Palmas Secc. 1.ª, de 21 de julio de 2015 señala que: «Si el Legislador hubiere querido enervar además la posibilidad de nuevas clasificaciones, suspendiendo por tanto lo que no deja de ser un derecho del interno como consecuencia de la revisión no resuelta de la clasificación anterior, lo hubiese señalado expresamente, lo que no ha hecho. Por tanto, la interpretación del efecto suspensivo de la excarcelación vendrá referida estrictamente a esa decisión de progresar sometida a revisión, máxime cuando sigue latente el control judicial respecto de una nueva clasificación que reincida –o fije por primera vez– la progresión, en la medida en que de nuevo, la interposición de un eventual recurso dejará en suspenso su eficacia hasta el que tribunal resuelva la misma (...) Por tanto, lo que queda en suspenso es la excarcelación inmediata resultado de la progresión en cuanto medie recurso y en tanto no se resuelva el mismo, pero sus efectos no invalidan la aplicación del artículo 63.4 LOGP, de modo que nada obsta a que en la nueva clasificación se proponga una nueva progresión».

trativa firme por vía del artículo 105.2 RP⁴¹⁰, suelen transcurrir, como poco, una media de dos meses. Recibida en el centro dicha resolución, el interno puede acudir en recurso al JVP. Sigamos imaginando y pensemos que el JVP estima el recurso y acuerda el acceso al tercer grado de dicho interno, interponiendo el MF recurso contra dicha resolución. De darse la pauta procedimental normal, el recurso de reforma tendrá resultado desfavorable a los intereses del MF y la litispendencia se mantendrá en tanto no se resuelva el recurso de apelación. Los seis meses penitenciarios para la revisión de grado se agotarán en un devenir procedimental que, con creces, los supera, pues a pesar de que el mismo apartado 5 de la DA determina el carácter «preferente y urgente» de la tramitación de los recursos de apelación, la escasa importancia judicial que se otorga a la materia penitenciaria y la pobre dotación de medios para su abordaje, dificultan en mucho que tal previsión se cumpla.

Sin duda, se trata de un aspecto procedimental importante, pero poco conocido y escasamente abordado por la doctrina. A su vez, la interpretación del Centro Directivo, tendente en el momento actual a la primera de las interpretaciones expuestas, la que más perjudica los derechos de los internos, aunque en conjunto errática y dependiente del caso concreto, reclama un pronunciamiento del TS, vía recurso de casación para unificación de doctrina o acuerdo no jurisdiccional, que pueda servir para establecer los parámetros procesales que se consideren más correctos⁴¹¹.

Por último en cuanto a la tramitación general del recurso de apelación, y como adelantamos, se aplica lo previsto para el procedimiento abreviado en la LECr. pero con tintes simplificadores que facilitan en todo caso el ejercicio de los derechos del interesado⁴¹². Así el abogado defensor puede asumir las labores del procurador. No obstante, a diferencia del recurso de reforma, se destaca la necesidad de abogado de defensa y se hace especial hincapié en la necesaria garantía de este derecho⁴¹³. En definitiva, se utiliza subsidiariamente la norma-

⁴¹⁰ Conforme al mismo: «Cuando la Junta de Tratamiento no considere oportuno proponer al Centro Directivo cambio en el grado asignado, se notificará la decisión motivada al interno, que podrá solicitar la remisión del correspondiente informe al Centro Directivo para que resuelva lo procedente sobre el mantenimiento o el cambio de grado. La resolución del Centro Directivo se notificará al interno con indicación del derecho de acudir en vía de recurso ante el Juez de Vigilancia».

⁴¹¹ Profundiza en este asunto, SOLAR CALVO, P., «Paradojas penitenciarias. De cómo la interposición de un recurso puede perjudicar a un interno», *Diario La Ley*, n.º 8957, Sección Tribuna, 07.04.17, pp. 1-4.

⁴¹² BENÍTEZ YÉBENES, J. R., 2017, p. 182.

⁴¹³ Sobre la concreta materialización del derecho de defensa, GARCÍA CASTAÑO, C., «La defensa letrada en fase penitenciaria, SOJ penitenciario y ley de asistencia jurídica gratuita», en DE CASTRO ANTONIO, J. L. (Dir.), *CDJ, Ejemplar dedicado al Derecho Penitenciario II*, n.º 17, 2003, pp. 461-474. En relación con este punto es interesante la apreciación que lleva a cabo CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 160, cuando refiere que: «En cuanto a la forma, rige una gran flexibilidad en los trámites ya que se pueden presentar por escrito ante la oficina de Régimen, ante el Director, ante el Juzgado o ante el mismo Juez de

tiva correspondiente al procedimiento abreviado, pero como vemos, la determinación de la norma es tan escasa, que esa adaptación al ámbito penitenciario acaba dependiendo en gran medida de las prácticas propias de cada órgano⁴¹⁴. A modo de ejemplo, el reciente Acuerdo de la Sección 21.ª AP de Barcelona que, tras valorar si la DA se remite al artículo 766 LECr. –recursos contra los autos dictados por el Juez de Instrucción o Juez de lo Penal–, o al artículo 790 LECr. –recursos contra las sentencias dictadas por el Juez de lo Penal–, y aportar argumentos a favor y en contra de ambas opciones, acuerda que a partir del 01.01.18 el artículo 766 LECr. será el que se aplique con carácter subsidiario.

2.2 El recurso de casación para la unificación de doctrina

Tras abordar el recurso contra el auto del Tribunal sentenciador que determina el máximo cumplimiento de la condena –asunto cuya regulación junto con los recursos propios del ámbito penitenciario no se entiende desde el punto de vista de la lógica y contenidos jurídicos, pues nada tiene que ver con ellos–, el apartado 8 de la DA regula el recurso de casación para la unificación de doctrina. A través del mismo se intentan aproximar las resoluciones en apelación de las Audiencias Provinciales y la Audiencia Nacional en su caso, de manera que el criterio subjetivo que pueda haberlas fundamentado resulte lo más objetivado posible. No obstante y de nuevo, la escasez normativa de la que hace gala la disposición que analizamos, ha hecho necesario que el TS acordase ciertas pautas de actuación.

En concreto, el Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala de lo Penal de 22.07.2004⁴¹⁵, exige que consten dos resoluciones contradictorias de mane-

Vigilancia cuando realice las visitas a los centros penitenciarios, e incluso oralmente. Esta ausencia de formalismo unido a la particularidad del contenido de las peticiones de los recursos en materia penitenciaria, que en ocasiones están más próximas a la materia contencioso-administrativa que a la penal, provocan que principios tan relevantes en esta última como congruencia, motivación o valoración de la prueba no rijan ya que se trata especialmente de un control de legalidad de la actuación administrativa». Es decir, lo que en un principio puede valorarse como ventajoso, se torna en desventaja considerando las garantías jurídicas que se aplican. De ahí que la propia autora, p. 162, se encargue de puntualizar que: «el que no se necesite asistencia letrada más que en el recurso de apelación, y no en los demás casos, no debería impedir la asistencia jurídica gratuita en todos los procedimientos en los que la intervención letrada no sea obligatoria, ya que lo contrario podría vulnerar el derecho de defensa». Por su parte, ANDRÉS LASO, A., 2016, pp. 286-290, incide en la relevancia de la intervención letrada en estos procedimientos y, a la vez, reclama la legitimación de la AP para intervenir en los mismos. Aspecto que a su juicio, completaría el contenido del objeto del recurso y adecuaría las resoluciones judiciales a la realidad materia que abordan.

⁴¹⁴ LEGANÉS GÓMEZ, S., 2005, p. 198.

⁴¹⁵ Disponible en *Jurisprudencia Penitenciaria 2014*, ob. cit., pp. 444-446, donde, al hilo de la STS de 25.11.14 que resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina antes referido –admitiendo la compatibilidad de las sanciones disciplinarias con restricciones de comunicaciones orales–, recuerda el

ra significativa y que dicha contradicción recaiga en la manera de interpretar una misma norma legal aplicada a supuesto fáctico idéntico. Además de los requisitos anteriores y como límites a la posibilidad de interponer el recurso, el acuerdo precisa que en ningún caso el recurso de casación ha de entenderse como tercera instancia, debiendo respetar las conclusiones fácticas a que hubiera llegado el tribunal *a quo* y evitando fundamentarse en motivos individualizados referentes a la propia evolución del interno. Es decir, ha de respetar en todo caso el margen de discreción que la norma permite, delimitando únicamente los parámetros interpretativos de carácter objetivo. En palabras del propio TS en Sentencia 1907/2004, de 30 de septiembre de 2004:

«La finalidad del recurso de casación para la unificación de doctrina es asegurar la unidad del orden normativo jurídico-penal, en materia penitenciaria, para tutelar una aplicación de las normas que garanticen óptimamente el derecho de igualdad. (...) En consecuencia, no podrán cuestionarse ante esta Sala Casacional los propios hechos que se hayan declarado probados o sobre los cuales se haya aplicado el derecho penitenciario, quedando eliminado cualquier intento de controversia que sobre los mismos pretendan las partes suscitar. El objeto de este recurso lo será exclusivamente la doctrina aplicada por los órganos jurisdiccionales en el caso sometido al control casacional de esta Sala, de modo que su objeto es la unificación de doctrina, para lo que habrán de concurrir dos requisitos: uno, de identidad de supuesto legal de hecho y de fundamentación jurídica, y otro de contradicción en la aplicación de la doctrina legal por los órganos judiciales de procedencia. El resultado será la unificación de tal doctrina, que es el objeto del recurso y la misión de esta Sala al resolverlo. No se trata, pues, de controlar la subsunción jurídica llevada a cabo por el Tribunal de instancia en el caso concreto que haya sido sometido a su consideración, sino verificar que ante situaciones sustancialmente iguales se han producido respuestas divergentes que han de ser unificadas por este Tribunal. De modo que nunca podrá convertirse este recurso para la unificación de doctrina en materia penitenciaria, en una tercera instancia, en donde las partes pretendan hacer valer de nuevo sus pretensiones divergentes con lo resuelto en la instancia.

(...)

Finalmente, cuando la resolución impugnada haya valorado aspectos personales, fundamentalmente cuando deban tenerse en consideración informes personalizados de conducta o un pronóstico de comportamiento futuro, no podrá declararse que el supuesto legal de hecho de la norma es sustancialmente idéntico, y en consecuencia, el recurso no podrá prosperar. No puede olvidarse que, en muchos casos, en materia penitenciaria, la aplicación de la Ley está basada en la individualización de conductas.

contenido del Acuerdo de 22.07.04 y la vigencia del mismo a efectos de preparación, contenido y formalización de este tipo de recurso.

Recapitulando: las características de este recurso de casación serán las siguientes: a) identidad de supuesto legal de hecho; b) identidad de la norma jurídica aplicada; c) contradicción entre las diversas interpretaciones de la misma; d) relevancia de la contradicción en la decisión de la resolución objeto del recurso. Y desde el plano negativo, nunca podrá convertirse este recurso en una tercera instancia jurisdiccional»⁴¹⁶.

En definitiva, se trata de un recurso necesario en tanto permite la unificación doctrinal, pero que habrá de limitarse a las consideraciones objetivas de la aplicación de la norma por encima de las valoraciones subjetivas tan propias del ámbito penitenciario, que derivadas de la evolución del interno hayan podido fundamentar alguna de las resoluciones que se impugnan⁴¹⁷.

Analizados los diferentes recursos, el estudio de la DA muestra importantes contradicciones normativas y requiere de una constante interpretación de carácter armonizador con la regulación penitenciaria con la que interactúa, que, como hemos visto, queda muy lejos de resultar sencilla. Aspectos que sin duda obligan a que nos planteemos el acierto general de la manera en la que se regula esta importante materia.

3. HIPERGARANTISMO E INCIDENCIA SISTEMÁTICA EN LA LABOR PENITENCIARIA

En materia procesal penitenciaria siguen plenamente vigentes las apreciaciones de Mapelli Caffarena cuando describió el proceso de judicialización penitenciaria, iniciado con la introducción de la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria en los artículos 76-78 LOGP, como un proceso inconcluso. Lo anterior por las dificultades materiales para llevar a cabo la función, la indefinición de ciertos aspectos competenciales y la ausencia de una normativa procesal que permita el adecuado desarrollo de su actividad⁴¹⁸. Aspectos que, como hemos visto, la DA no ha sido capaz de mejorar.

⁴¹⁶ *Jurisprudencia Penitenciaria 2003-2004*, DG.II.PP., Madrid, 2005, pp. 475-483.

⁴¹⁷ Destaca por el estudio de su significado, requisitos y tramitación, ARRIBAS LÓPEZ, J. E., «El recurso de casación para la unificación de doctrina en materia penitenciaria: un análisis jurisprudencial», *Diario La Ley*, n.º 8737, Dossier, 08.04.16. Igualmente, GARCÍA ALBERO, R., «Aspectos procesales de la ejecución penitenciaria», en GARCÍA ALBERO, R., TAMARIT SUMALLA, J., 2004, pp. 148-155; TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, pp. 338-340; CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 166-167; RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, pp. 676-684, quienes perfilan el tipo de recurso al hilo de las resoluciones del TS en materia de permisos y clasificación penitenciaria.

⁴¹⁸ MAPELLI CAFFARENA, B., «La judicialización penitenciaria. Un proceso inconcluso», *CDJ*, 1995, pp. 279-301.

En cuanto a su valoración, se trata de una norma del todo asistemática, carente de la más mínima corrección terminológica y que mezcla en sus apartados contenidos diversos a modo de cajón de sastre. La aplicación de la LECr. de manera subsidiaria y la mezcla de cuerpos normativos no armonizados –LOPJ y normativa penitenciaria– da lugar a lapsos, excesos y contradicciones terminológicas que han de resolverse en una norma propia. Respecto de estas últimas se ha llegado a un cierto compromiso interpretativo que expusimos al inicio del capítulo. Los lapsos y los excesos procesales, derivados de esa relación de subsidiariedad entre normas, son de más difícil subsanación y, como también señalamos, su resolución y relevancia dependerán en mucho de la práctica diaria que cada órgano judicial escoja.

La juventud del Derecho Penitenciario como ciencia autónoma conlleva este tipo de consecuencias⁴¹⁹. Sin embargo, es hora de superar la situación actual. No puede admitirse que una materia tan relevante como la que abordamos –la tutela judicial de los derechos de quienes están privados de libertad–⁴²⁰, se aborde a modo de disposición adicional añadida, a tenor de sus resultados, con prisas y desconocimiento. El asunto requiere un desarrollo normativo adecuado en forma de Ley de Procedimiento de carácter penitenciario completa y sistemática. De manera que, aprovechando la coyuntura de elaboración normativa, se profundizase en garantizar una supervisión judicial de la actividad penitenciaria adaptada a la naturaleza de este ámbito de actuación tan específico, especial y concreto⁴²¹.

Tal y como señaló Mapelli Caffarena en un trabajo posterior:

«Las dudas que se suscitan todavía en torno a la naturaleza del Juez de Vigilancia responden a la dificultad del mundo del derecho a romper con los esquemas clásicos de división de las jurisdicciones, primero civil y penal, y, posterior-

⁴¹⁹ Como señala CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 12, Novelli es uno de los primeros en defender en el año 1993 la necesaria autonomía del Derecho Penitenciario bajo la idea de sus sistematización y regulación independiente. En concreto, NOVELLI, G., «L'autonomia del dritto penitenziario», *Rivista de Dritto Penitenziario*, 1933, pp. 5, traducido por Leonor López, A., «La autonomía del Derecho penitenciario», *Revista Penal y Penitenciaria (Argentina)*, n.º 29-30, julio-diciembre, 1943, pp. 425 y ss.

⁴²⁰ Aborda casos prácticos sobre la inseguridad jurídica que la situación actual genera, BENÍTEZ YÉBENES, J. R., 2017, pp. 405-407.

⁴²¹ Al respecto, MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, pp. 180-181: «Todos estos problemas no estarán correctamente resueltos hasta que el Legislador no se decida por elaborar una legislación específica en la que se aclaren las competencias, el procedimiento se garantice una jurisprudencia uniforme». En el mismo sentido CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 18: «La confusa regulación sobre órganos competentes, plazos y procedimiento evidencian la necesidad de una normativa específica que unifique el procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia». De hecho, ANDRÉS LASO, A., 2016, pp. 283-284, repasa el contenido del Proyecto de Ley Orgánica reguladora del procedimiento ante los JJVP de 1997 destacando las mejoras que implicaba. En sentido similar, destaca la propuesta de normativa procesal que realiza BENÍTEZ YÉBENES, J. R., 2017, pp. 412 y ss.

mente, contencioso-administrativo. Los nuevos órdenes jurisdiccionales como el social, el familiar, el internacional ponen de manifiesto la insuficiencia de las concepciones decimonónicas. Y en este sentido, es recomendable la relectura de los correspondientes debates doctrinales en los orígenes de cada una de estas jurisdicciones. La jurisdicción penitenciaria sigue una orientación genuina que reclama nuevas categorías y no porque sea penal o administrativa, sino porque, sencillamente, es algo distinto. Y esta opinión no debe entenderse como una rápida claudicación hacia las terceras vías cuando surgen problemas sistemáticos, sino como una necesidad insoslayable para impulsar una jurisdicción más libre y versátil, capaz de adaptarse a las particularidades del mundo de la prisión»⁴²².

Esta reclamación que realiza el autor continúa plenamente vigente, tal y como muestran los Criterios y Acuerdo sobre la especialización del JVP, aprobados en el encuentro celebrado en mayo de 2017⁴²³.

En este contexto, la transformación que reclamamos habrá de realizarse en dos sentidos. El primero de ellos, procurando efectivamente, como hemos visto que sucede para el caso de denegación de un permiso, un acceso a la tutela judicial que garantice el conocimiento del supuesto de hecho en toda su extensión y con las suficientes instancias de análisis y control. El segundo, y en sentido contrario, discriminando las quejas de escasa e incluso nula envergadura jurídica desde el punto de vista de la afectación de los derechos subjetivos de los internos y que sin embargo, en la actualidad y como hemos expuesto, tienen una protección del todo desproporcionada con la realidad que refieren. De manera ejemplificativa, aumentando la protección en materia disciplinaria y discriminando más la que corresponde a quejas de texto libre para los internos. Y ello con un incidencia sistemática mucho más amplia que la que puede extraerse en un primer momento⁴²⁴.

⁴²² MAPELLI CAFFARENA, B., *Eguzkilore*, 1998, pp. 105-106. En contra de la valoración de Doñate sobre la mezcla de naturaleza penal-administrativa que caracteriza este orden procesal. DOÑATE MARTÍN, A., *CDJ*, 1995, p. 41.

⁴²³ *Criterios y Acuerdo sobre la especialización del JVP*, 2017.

⁴²⁴ La redefinición de la labor de los JJVP serviría indirectamente para unificar en los mismos competencias que en puridad les corresponden pero que se encuentran desperdigadas a lo largo de la normativa procesal. Al margen del listado previsto en el artículo 76 LOGP, la LECr. incluye competencias de visita a las prisiones (art. 526) y de ejecución de sentencias (art. 990) en las que sorprendentemente, por ese menor rango orgánico y procedimental que se les asigna, no se prevé participación alguna de los JJVP. En concreto, el artículo 526 determina que: «El Juez Instructor visitará una vez por semana, sin previo aviso ni día determinado, las prisiones de la localidad, acompañado de un individuo del Ministerio Fiscal, que podrá ser el Fiscal municipal delegado al efectos por el Fiscal de la respectiva AP; y, donde exista este Tribunal, harán la visita el Presidente del mismo o el de la Sala de lo criminal y un Magistrado, con un individuo del Ministerio Fiscal y con asistencia del Juez Instructor. En la visita se enterarán de todo lo concerniente a la situación de los presos o detenidos y adoptarán las medidas que quepan dentro de sus atribuciones para corregir los abusos que notaren». Por su parte, el artículo 990 refiere el papel del Juez o Tribunal, se entiende sentenciador, para hacer cumplir la sentencia y realizar las inspecciones que las leyes y reglamentos les atribuyen, sin mención alguna a los JJVP. Así lo relaman, MAPELLI CAFFARENA, B.,

En primer lugar, producto del paternalismo protector que impregna nuestro sistema de cumplimiento⁴²⁵, el alto nivel de fiscalización al que se somete a la A. P. roza en ocasiones lo excesivo. A las instancias de control judicial descritas se suman las propias administrativas y, sobre las administrativas, las del Defensor del Pueblo⁴²⁶. De modo que cualesquiera queja de un interno da lugar a procedimientos no sólo judiciales, sino también administrativos que, versando sobre el mismo objeto, ponen en marcha de manera totalmente irracional y solapada la maquinaria burocrática de todas las instituciones implicadas.

Tal es la situación, que algunos JVP han tratado de delimitar el ejercicio de estos derechos de petición y queja en sus autos. Destaca especialmente, el AJVP de Granada de fecha 03.07.12 que desestima la queja formulada por el interno. En concreto:

«La interpretación literal y armónica de los transcritos preceptos (arts. 50 LOGP y 53 y 54 RP), nos lleva a la conclusión de que los internos, a través de la administración penitenciaria y para interponer quejas y peticiones relativas al tratamiento o régimen de establecimiento o los recursos que procedan, pueden dirigirse a cualesquiera autoridad u organismo de la propia administración penitenciaria, autoridad judicial, ministerio fiscal y defensor del pueblo. Tal no puede extenderse en modo alguno a cualesquiera otras autoridades u organismos nacionales o supranacionales, a los que el penado tenga a bien dirigirse para cualesquiera asunto de su interés y en cuyo caso, el centro sólo estará obligado a dar curso al correo que presente como cualquier ciudadano, pero no utilizando para ello el correo oficial.

Podría, en interpretación extensiva y dada la especial situación de privación de libertad, entenderse que el interno tiene derecho a presentar ante la administración penitenciaria aquellas instancias sometidas a plazo y para cuya presentación rija el artículo 66 de la Ley de Procedimiento Administrativo pero, desde luego, la pretensión del interno hoy recurrente, de que el centro dé curso por correo oficial de cualesquiera misiva que tenga a bien dirigir a cualquier autoridad u organismo oficial nacional o supranacional, abogado o procurados, es exorbitada y no encuentra apoyatura legal. Llegar a conclusión contraria contravendría lo expresamente dispuesto y podría llegar a distorsionar, en supuestos concretos, el buen funcionamiento del centro penitenciario hasta límites insospechados»⁴²⁷.

2011, pp. 180-181; GARCÍA VALDÉS, C. «Competencias del Juez de Vigilancia. Necesidad de asumir nuevas competencias», en DE CASTRO ANTONIO, J. L., *CDJ*, 2003, pp. 79-96.

⁴²⁵ TÉLLEZ AGUILERA, A., *ADPCP*, 1999, p. 326.

⁴²⁶ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, pp. 999-1000. Destaca por el análisis que realiza del procedimiento de protección ante el TEDH, que se añade a los instrumentos de protección nacionales, una vez agotados estos, RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, pp. 693-713.

⁴²⁷ *Jurisprudencia Penitenciaria 2012*, ob. cit., pp. 237-240.

Sin embargo, aun aplicando estos límites, la burocracia que el sistema y sus mecanismos de protección produce es ingente y los asuntos a controlar son tantos que lo importante y verdaderamente lesivo se pierde en el bucle sinsentido que esta tutela de todo y para todo genera. Esto es, tanto los fallos internos de nuestro sistema penitenciario como las lesivas consecuencias que la pervivencia de las relaciones de sujeción especial produce pasan más desapercibidas. A la vez, de manera absolutamente paradójica, este hipergarantismo del que los internos disfrutaban se impone con su barniz burocrático. De manera que cualquier situación jurídica que afecte a los mismos se convalida y justifica en la mera existencia de las múltiples instancias de protección a las que pueden acudir, aunque el foco de su actuación y el recorrido de la misma sean del todo insuficientes. Como advierte Ríos Martín al abordar el concepto de relación de sujeción especial y las líneas maestras del régimen disciplinario:

«Las personas presas están en una situación de gran inferioridad frente al resto de los ciudadanos debido a la especial configuración de la realidad sociológica de la cárcel que deja al ciudadano preso en una situación de absoluta vulnerabilidad frente al poder del Estado manifestado, en este caso, en el poder absoluto de la autoridad penitenciaria. Un ciudadano preso no puede moverse físicamente como haría un ciudadano libre y buscar un abogado que le defienda en un expediente disciplinario –no existe la defensa de justicia gratuita en el proceso sancionador–, o para buscar pruebas que demuestren su inocencia, cuando en la cárcel la dificultad en la obtención y realización de las mismas es grande –incluso para que la Comisión Disciplinaria las admita. De especial importancia es la absoluta dependencia del comportamiento del preso, no sólo respecto del régimen, sino también respecto del funcionario para poder conseguir permisos, progresiones de grado, libertad condicional y beneficios penitenciarios. Esta situación motiva que la sumisión del ciudadano recluso al poder carcelario sea absoluta; y cuando el poder es absoluto, la vulnerabilidad del sometido es mayor»⁴²⁸.

Pues bien, ante esta situación, el sistema de garantías, tal y como está configurado actualmente, no es útil ni eficaz, pues no ahonda en aquellas parcelas más lesivas de los derechos de los internos, mientras que, sin embargo, sirve de excusa justificadora de cualquier atropello jurídico en el ámbito penitenciario. La posibilidad de acudir a las múltiples instancias de control que la norma prevé, será siempre la respuesta a las quejas que el interno plantee. Instancias ante las que, como refiere el autor citado, el interno, por propia definición y funcionamiento del sistema, se encuentra en situación de desventaja.

⁴²⁸ RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, p. 454.

En paralelo, este híper garantismo paternalista produce resultados de significado altamente simbólico para los internos, del todo contraproducentes con lo que el sistema penitenciario pretende. En lugar de personas conscientes y responsables de las consecuencias sociales de sus actos, los convertimos en sujetos altamente demandantes frente a una Administración que, sin embargo, ejerce su poder sobre la base del daño social que ellos causaron. Así, a los internos no les es costoso poner en marcha las diferentes vías de queja y recurso frente a cualquier actuación penitenciaria, solicitando con frecuencia prestaciones que van mucho más allá de los que la Administración cubre respecto de los ciudadanos no privados de libertad y que, por la vía de los hechos consumados, acaban considerando derecho. Y ello, produciendo un resultado un tanto esquizofrénico si se combina con el anterior: si bien el sistema de garantías no alcanza a tratarlos como ciudadanos plenos en derechos, la A.P. se pliega a requerimientos secundarios y mayormente materiales que poco o nada tienen que ver con el objeto de la labor penitenciaria.

Como ejemplo, y máxime en tiempos de bonanza económica, en los que a los excesos de las autoridades externas se unían los de la propia Administración, se ha interpretado por algunos JVP como derecho de los internos, derivado del derecho a la libertad religiosa y de pensamiento, el hacer dieta vegetariana o de cualquier otro tipo más allá de la impuesta por las necesidades de salud de los mismos. Ello con el sobrecoste económico y organizativo para el centro penitenciario que ha de hacerse cargo de su satisfacción. En la misma línea, exponente de una línea jurisprudencial muy frecuente, el AJVP de Burgos de 30.08.05 reconoce el derecho del interno a que la Administración le abone una prótesis dental, a pesar de ser una prestación superior a la que la Administración sanitaria reconoce al común de la población⁴²⁹. Más allá de estos supuestos, el AJVP de Ocaña de 18.01.05 estima la queja del interno, obligando a la Administración a costear el traslado de su televisor, en los siguientes términos:

«El artículo 318.1 RP establece: “Todo interno que sea trasladado a otro Establecimiento penitenciario tendrá derecho a que la Administración penitenciaria realice el traslado de sus pertenencias personales por un peso que nunca podrá ser superior a los 25 kilogramos, siendo con cargo al interno el traslado de todo aquel material que exceda de peso indicado”.

A tenor de lo dispuesto en dicho precepto ha de estimarse la queja interpuesta por el interno porque si bien las pertenencias del interno excedían de 25 kilogramos y ello motivó la retención del televisor hasta tanto el recluso abonara

⁴²⁹ *Jurisprudencia Penitenciaria 2005*, ob. cit., pp. 546-547.

los gastos de transporte del exceso, no consta que el traslado del recluso se produjera a petición de éste y por razones de arraigo, y, en cualquier caso, constando que al 13-7-2004 carecía de saldo alguno en su cuenta de peculio, el traslado del televisor ha de costearse por la Administración Penitenciaria»⁴³⁰.

Es decir, se acuerda que la Administración corra con los gastos del traslado, a pesar de reconocer el incumplimiento del interno de la normativa al respecto, y en base a un hecho en muchas ocasiones consustancial al cumplimiento de condena, como es el verse sometido a un traslado entre centros. De ahí que no deban extrañarnos, por ejemplo, peticiones de que los productos que dispensa la Administración sean de una marca específica⁴³¹.

Por último, en relación a la labor del personal funcionario, las múltiples posibilidades de queja y la fiscalización llevadas al extremo hacen que se reduzca el carácter de autoridad que dentro de la prisión ha de revestir a quien ejerce la labor de vigilancia. Especialmente, destaca la incidencia de la actuación del Defensor del Pueblo en esta fiscalización y sus consecuencias respecto a esa pérdida de autoridad que referimos, pues el punto de partida de la mayoría de sus investigaciones se sitúa en la duda acerca de toda actividad administrativa que se haya llevado a cabo, incluyendo los propios partes de hechos que los funcionarios de vigilancia hayan elaborado. Al respecto, el artículo 137.3 Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las AAPP y del Procedimiento Administrativo Común, actual artículo 77.5 Ley 39/2015, establece la presunción de veracidad de los hechos recogidos por un funcionario, que tenga reconocida la condición de autoridad. En concreto:

«Los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes, tendrán valor probatorio sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los propios administrados».

Aunque se discute si los funcionarios de prisiones entran o no dicha categoría⁴³², lo cierto es que la duda constante sobre su actuación merma la auto-

⁴³⁰ *Jurisprudencia Penitenciaria 2005*, ob. cit., pp. 149-150.

⁴³¹ Así, el Auto del JVP de Burgos de 06.02.03 que resuelve una queja de un interno solicitando «pan Bimbo» a cargo de la Administración. *Jurisprudencia Penitenciaria 2003-2004*, ob. cit., pp. 413-414.

⁴³² Al hilo del estudio que realiza sobre la presunción de veracidad, NISTAL BURÓN, J., «La presunción de veracidad de las declaraciones de los funcionarios de prisiones en materia disciplinaria. (A propósito de la STC 161/2016, de 3 de octubre, recurso de amparo n.º 6526/2013)», AA, n.º 4, abril 2017, el autor parece asignar a los funcionarios de prisiones, si no la condición de agentes de autoridad, sí al menos los efectos jurídicos que derivan de dicha consideración. Desde nuestro punto de vista, expuesto en SOLAR CALVO, P., «¿Tienen los funcionarios de prisiones condición de agentes de autoridad?», *Legal Today*, 18.08.16, y dada la confusión legal existente al respecto, una modificación normativa que especifique la

ridad que de facto deben ejercer sobre la población reclusa y contribuye al significado simbólico antes referido, altamente contraproducente desde el punto de vista tratamental. Más allá de ello, la falta de criterios que discriminen el control, hace que éste se diluya, se difumine y no alcance a conocer lo que verdaderamente debe ser corregido. Ello en contra del buen funcionamiento administrativo y por ende del propio interno administrado.

En definitiva, se impone la urgente revisión de la situación descrita. Creemos que sus consecuencias en relación a la auténtica cobertura jurídica de los internos, las implicaciones respecto de su tratamiento y la desmotivación que la sucesiva degradación de la figura del funcionario conlleva así lo justifican.

condición de agentes de autoridad de los funcionarios de prisiones sería bienvenida. Postura defendida recientemente en la PNL 161/001991 del Grupo Parlamentario de Ciudadanos sobre el reconocimiento de agentes de autoridad a los funcionarios de prisiones, presentada el 08.06.17 para su debate en la Comisión de Interior del Congreso de los Diputados el 28.06.17, con resultado de 18 frente a 17, contra la aprobación de la misma. Resume el estado de la cuestión, el reciente estudio llevado a cabo por ARRIBAS LÓPEZ, J. E., «La condición de autoridad de los funcionarios de prisiones», *Diario La Ley*, n.º 9041, Sección Tribuna, 14.09.17.

PARTE II
MÁS ALLÁ DEL SISTEMA

CAPÍTULO I

APROXIMACIÓN A LAS NUEVAS TENDENCIAS NORMATIVAS EN DERECHO PENAL

1. INTRODUCCIÓN

Como vimos al analizar la evolución de la pena, el Derecho Penal se encarga de la gestión de emociones, y en concreto, de aquellas que más atentan y socavan las bases de la convivencia social⁴³³. Esto tanto desde la actuación del agresor, sujeto activo de un delito, como considerando las emociones de las víctimas y la repulsa social que el hecho delictivo genera. De ahí que el sistema de vasos comunicantes entre las tendencias sociales y los cambios jurídicos, se manifieste en esta rama del derecho de manera muy intensa⁴³⁴.

Teniendo en cuenta lo anterior, vivimos inmersos en un momento de cambio en lo que al Derecho Penal se refiere. La confianza en el mismo para resolver los problemas sociales más diversos lo ha convertido en un instrumen-

⁴³³ Tomando la definición que aporta ZAFFARONI, E. R., *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 2.^a ed., Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 5: «El derecho penal es la rama del saber jurídico que, mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho».

⁴³⁴ Como apunta FAKHOURI GÓMEZ, Y., «Estructura e interpretación de la norma penal», en LAS-CURAÍN SÁNCHEZ, J. A., 2015, p. 168: «Las normas penales afianzan las expectativas y constituyen, por tanto, un sistema de comunicación. Así, cualquier miembro de la sociedad puede esperar que yo me comporte conforme a la norma mientras que, a la inversa, yo puedo esperar lo mismo del resto de integrantes de esa comunidad. En el caso de que esta expectativa se vea defraudada a partir de la infracción de la norma, puedo tener asimismo la expectativa de que se aplicará una sanción. En el plano comunicativo, el sistema declara, de este modo, su validez. Estas normas tienen, por tanto, un carácter contrafáctico: su incumplimiento por parte de los ciudadanos no afecta a su vigencia. Más allá de ello, sería precisamente su incumplimiento y la consiguiente sanción que se aplica lo que haría patente la necesidad de que existan».

to muy valioso para los agentes políticos⁴³⁵. De manera que las constantes y diversas modificaciones penales de los últimos años responden más a la visión cortoplacista de quien espera rédito de lo que propugna, que al debate sosegado que se presupone a cambios normativos de tanto calado⁴³⁶. Situación que obliga a preguntarnos si los cambios que se introducen van por buen camino⁴³⁷. Máxime si, como es el caso, esos cambios tienen como resultado un Derecho Penal que cada vez se configura más al margen de lo que hasta el momento se consideraban principios básicos de nuestro sistema penal y, por ende, penitenciario.

El Capítulo I del presente trabajo se dedicó a analizar los fundamentos teóricos de nuestro sistema penitenciario, el porqué de tener el sistema que tenemos. La asunción por parte del Estado del poder vindicativo antes atribuido a la víctima del delito, el desarrollo de las teorías de la pena y la humanización de las mismas, contribuyó a la configuración de sistemas penales y penitenciarios conforme a postulados cada vez más racionales.

Frente a ello, las últimas tendencias en Derecho Penal y las reformas producidas, socavan las bases de nuestro sistema. De un lado, se sitúan el *populismo punitivo* y el *Derecho Penal del enemigo* tan presente en nuestra norma penal. De otro, concurre en los últimos años la tendencia a la *descarcelación* que trata de limitar la aplicación de la pena de prisión, utilizando en su lugar las medidas alternativas. Como veremos, la confluencia de ambas corrientes y sus consecuencias normativas tiene importantes efectos desestabilizadores en nuestro sistema de ejecución. Antes del análisis individualizado de los mismos se impone una breve exposición de estos movimientos en los que encuentran origen.

⁴³⁵ Al respecto, CANCIO MELIÁ, M., «Principios del Derecho Penal (III)», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., 2015, p. 159: «Lo que sí se puede constatar es que existe una creciente necesidad de recurrir al derecho, y muy especialmente, al derecho penal, para la definición de las normas sociales. Ante la atomización de otras instancias de control social, como las derivadas de la religión o de las estructuras familiares, en muchas ocasiones parece que solo la calificación de un comportamiento como delito es capaz de crear una desvaloración social».

⁴³⁶ En relación con ello, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «El abuso del sistema penal», *RECPC*, n.º 19-01, 2017 p. 8, señala que: «El derecho penal se ha convertido en un instrumento sobresaliente para conseguir objetivos políticos y sociales que poco o nada tienen que ver con la prevención de la delincuencia».

⁴³⁷ En otras palabras, «Se trata de verificar cuáles son las razones que conducen al legislador a introducir cambios en el derecho penal vigente. Sobre esta base, podrá formularse un juicio crítico que deslinde en qué medida las transformaciones del ordenamiento constituyen una necesaria adaptación del ordenamiento penal –en cuanto sistema social vivo, que se corresponde con una determinada estructura de la sociedad, y que por ello necesariamente ha de responder a la evolución de ésta– y en qué medida, por el contrario, se trata de modificaciones que no reflejan adecuadamente la estructura social y se deben a influjos que deben ser ajenos a la legislación penal». CANCIO MELIÁ, M., «Principios del Derecho Penal (III)», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., 2015, p. 155.

2. EL MOVIMIENTO DESCARCELATORIO DE LOS AÑOS SETENTA

Como anotó Foucault:

«... el movimiento para reformar las prisiones, para controlar su funcionamiento, no es un fenómeno tardío. No parece siquiera haber nacido de una comprobación del fracaso debidamente establecido. La reforma de la prisión es casi contemporánea a la prisión misma. Es como su programa»⁴³⁸.

Los años setenta suponen en EE.UU. el retorno de la crítica a la prisión, aunque las críticas, como refiere la cita transcrita, datan de prácticamente el inicio de la utilización de este tipo de pena. Sus consecuencias respecto de la privación de libertad que supone, sus costes y los deficientes medios con los que la pena de prisión se venía ejecutando, provocaron que desde su nacimiento, fuera considerada la pena menos mala de entre las que en gravedad pudieran compararse, como la pena capital o las mutilaciones. Pero ahora, dentro de un fenómeno generalizado y más amplio que pretendía adelgazar el protagonismo del Estado en la vida social, la descarceración se manifestó con gran fuerza, aglutinando las críticas antes vertidas y añadiendo otras nuevas. Lo particular de la ocasión, a diferencia de otras anteriores en que las voces críticas con la pena privativa de libertad habían pasado más desapercibidas, es que por vez primera, sectores sociales de ideología diversa se muestran de acuerdo. Así, por causas y motivos distintos, las medidas alternativas a la prisión y el control del delincuente dentro de la comunidad, se pretendieron convertir en la panacea del Derecho Penal del siglo XX y XXI. Los argumentos que se aportan para ello son como decimos, de diversa índole.

De un lado, las teorías explicativas de la criminalidad amplían el objeto de su estudio. Ya no sólo les interesa el ofensor, sus características y posibles deficiencias, sino que tratan de conocer las estructuras del núcleo social en que éste se ha desenvuelto y las dinámicas de interacción entre ambos. «En esta nueva perspectiva, crimen y delincuencia son síntomas de fracaso y de desorganización, tanto de la comunidad como del ofensor»⁴³⁹. Y si bien es cierto que es éste a quien principalmente corresponde cambiar mostrando comportamientos adaptados a la norma⁴⁴⁰, no lo es menos la influencia de una socialización deficiente en el inicio y mantenimiento de la carrera delictiva. De ahí la importancia que adquiere la idea de que los castigos se ejecuten principalmente en el contexto comunitario al que el delincuente ha de retornar. Trabajar en la resocialización

⁴³⁸ FOUCAULT, M., 2005, p. 236.

⁴³⁹ GREENBERG, D., «Problems in Community Corrections», *Issues in Criminology*, n.º 10, 1975, p. 4.

⁴⁴⁰ COHEN, S., *Visiones de Control Social*, PPU, Barcelona, 1988, p. 126.

del ofensor dentro de los muros de una prisión resta efectividad a los logros que pudieran alcanzarse, a la vez que se demora su constatación al momento de acceso a la libertad. En contra, los cambios que se proponen pretenden acercar la ejecución de la pena al medio social normalizado, convirtiendo dicho proceso de ejecución en un instrumento real, auténtico y progresivo de resocialización.

La visión expuesta se ve reforzada por las teorías del *labelling*⁴⁴¹ y la crítica a instituciones totales como la prisión⁴⁴². Los estudios realizados en esta dirección vienen a destacar las negativas consecuencias que las instituciones cerradas ejercen sobre sus internos y que convierten en mera ilusión cualquier tratamiento resocializador que quiera iniciarse dentro de su ambiente y contexto. Reclusión, aislamiento, ausencia de autonomía individual y pérdida de los valores y cualidades que puedan servir para potenciar una vida social adaptada, son factores que concurren en quienes conviven en estos espacios cerrados y artificiales, donde las normas transcurren en una vía paralela y distinta a la socialmente conocida. El posterior etiquetamiento social e incluso individual, la profecía autocumplida de adquisición y consolidación del status de delincuente, no son más que consecuencia lógica del propio encierro⁴⁴³.

Paralelamente, la situación real de las prisiones daba la razón a las teorías expuestas. Su sobreocupación e insalubridad hacía imposible no sólo la rehabilitación, sino el ejercicio de derechos civiles básicos con un mínimo de dignidad. Las prisiones quedaban reducidas a lugares de contención e incapacitación sin espacio para fomentar y orientar una mejor adaptación social posterior. A pesar de que estos motivos humanitarios para la desinstitucionalización de los internos están más presentes en la desaparición de los psiquiátricos que en la descarceración en sentido estricto⁴⁴⁴, lo cierto es que del lado de ciertos sectores de opinión, este motivo humanitario de reforma penal tuvo su peso⁴⁴⁵.

⁴⁴¹ Expone las mismas, LEMERT, E., *Human Deviance, Social Problems and Social Control*, Prentice-Hall, New York, 1967.

⁴⁴² Al respecto, GOFFMAN, E., *Asylums: Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates*, Doubleday Anchor, New York, 1961.

⁴⁴³ El concepto de *labelling* se relaciona, en un contexto más nacional, con el de *prisionización* que abordamos en profundidad al explicar los permisos penitenciarios. No obstante, mientras que el primero se limita al estudio de las consecuencias que la estancia en prisión ejerce sobre los internos, el segundo va más allá, advirtiendo que los resultados de sus análisis aplican tanto a internos como a funcionarios de vigilancia interior especialmente.

⁴⁴⁴ Tal es así que mientras la existencia de la prisión como institución total se ha mantenido, la reducción de los psiquiátricos se ha llevado a cabo. En nuestro país, la mal llamada reforma psiquiátrica resultó en la desaparición de los centros de internamiento específicos sin la consiguiente creación de la red asistencial sustitutiva. Un análisis sobre sus consecuencias en el medio penitenciario, SOLAR CALVO, P., «Enfermedad mental y delito (...)», *Legal Today*, 2014.

⁴⁴⁵ SCULL, A., *Decarceration: Community treatment and the deviant. A radical view*, 2.ª ed., Polity Press, Cambridge, 1984, p. 178.

Por último, se apunta como motivo para la descarceración la relación coste/efectividad de la prisión, claramente deficitaria. Las prisiones no sólo suponían un considerable gasto público, sino que se mostraban ineficaces en la consecución de su principal objetivo: reducir la reincidencia. Las medidas alternativas surgen en este contexto como remedio para todos estos males. No sólo pretendían ser más eficaces en cuanto a la reinserción, minimizando los efectos negativos del ejercicio del sistema penal sobre el ofensor, sino que prometían tal objetivo reduciendo los costes económicos que la fase de ejecución conlleva⁴⁴⁶.

Sin embargo, nada salió como se había esperado y las teorías descarceratorias prometían. Las medidas alternativas, lejos de suponer un descenso del uso de la prisión, se sumaron a su contenido punitivo aumentando la presión penal sobre la sociedad. Esto principalmente, al configurarse más como servicio comunitario que como auténtico castigo, hecho éste que generó no pocas consecuencias.

En primer lugar, su consideración como medidas de contenido punitivo aparentemente escaso, originó que su aplicación se limitase a supuestos que tampoco antes eran abarcados por la pena privativa de libertad, teniendo por objeto principal a un tipo de población normalizada⁴⁴⁷. A esto último contribuyó especialmente la reticencia de los jueces a aplicar medidas comunitarias a quienes no tuviesen recursos económicos y familiares suficientes que garantizaran su rehabilitación dentro de la comunidad⁴⁴⁸. Es decir, las medidas alternativas se aplicaron a delitos leves y a una población normalizada que antes tampoco hubiera obtenido como respuesta penal la prisión.

A su vez, su configuración no sólo dificultó que alcanzasen a sustituir a la pena de prisión en los casos de cierta gravedad, supuestos en que ésta continuaba siendo unánimemente utilizada⁴⁴⁹, sino que su aparente benignidad, su

⁴⁴⁶ En nuestro contexto normativo, destaca la defensa que de su utilización realiza CID MOLINÉ, J., «Medios alternativos de solución de conflictos y derecho penal», *AFDUAM*, n.º 11, 2008, pp. 151-168, refiere que las medidas alternativas a la prisión permiten, respetando el principio de proporcionalidad, dar una respuesta penal más adecuada a la comisión del hecho delictivo, atendiendo a las necesidades de rehabilitación del delincuente y de la víctima. Del mismo autor, «El sistema de penas desde una perspectiva reduccionista: alternativas a la pena de prisión», en LARRAURI PIJOAN, E. (Dir.), *CDJ. Ejemplar dedicado a Política Criminal*, n.º 4, 1999, pp. 122-123.

⁴⁴⁷ LARRAURI, E., «Relación entre índice de delitos, población reclusa y penas alternativas a la prisión: algunas hipótesis», en RECHEA ALBEROA, M. C. (Dir.), *CDJ. Ejemplar dedicado a la criminología aplicada*, n.º 7, 1998, pp. 92-93; CESANO, J. D., «De la crítica a la cárcel a la crítica de las alternativas», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVI, n.º 108, septiembre-diciembre 2003, p. 873.

⁴⁴⁸ GREENBERG, D., *Issues in Criminology*, 1975, pp. 11 y ss. describe cómo el sector social más beneficiado por este tipo de medidas lo constituye la población de clase media blanca.

⁴⁴⁹ CESANO, J. D., *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2003, p. 873.

auge y su finalidad prioritariamente rehabilitadora, sirvieron de excusa para la criminalización de nuevas conductas, normalmente leves, a modo de intervención preventiva⁴⁵⁰. Conductas que antes no sólo no habrían obtenido pena de prisión, sino que hubieran carecido incluso de respuesta penal alguna. En definitiva, las medidas alternativas no sólo no supusieron ninguna disminución del uso de la privación de libertad, sino que aumentaron el ámbito de actuación de la red penal⁴⁵¹.

Finalmente, la engañosa naturaleza de algunas medidas consideradas tradicionalmente como alternativas a la prisión, pero que requieren normalmente una estancia previa en ésta, fomentó la expansión de este *soft law* no sustitutivo de la prisión. La paradigmática *parole* nos sirve de ejemplo, pues presupone el cumplimiento parcial de una pena de prisión antes del sometimiento al programa de supervisión en semilibertad⁴⁵². Es decir, lo que en nuestro contexto normativo entendemos como tercer grado, se entiende como una suma, un añadido a la pena de prisión. Respecto de este tipo de medidas, el movimiento descarcelatorio no supuso más que un incremento de su uso sin la disminución correlativa de la pena privativa de libertad que las precede. De nuevo, el auge de las medidas alternativas actuaba como vía directa de expansión del sistema penal.

Por tanto y como vemos hasta el momento, las medidas alternativas no sólo no sustituyeron a la prisión, sino que por el empuje del movimiento descarcelatorio, incrementaron el abanico punitivo, castigando conductas cada vez más leves, y se aplicaron con mayor frecuencia como medidas acumulativas a la pena privativa de libertad, a cumplir con posterioridad a la misma, pero no como medidas auténticamente alternativas a ésta⁴⁵³.

De todos modos, el resultado global es todavía más contradictorio con lo originariamente pretendido, pues, indirectamente, las alternativas a la prisión contribuyeron al aumento del uso de la pena que querían inicialmente evitar. Por su mayor presencia, desarrollo y refinamiento, con exigencias cada vez mayores respecto de los ofensores, supusieron un aumento de la población penitenciaria. Así, en los casos en que se producía un incumplimiento de la medida o de sus condiciones, las decisiones para su revocación conllevaban normalmente el ingreso en prisión⁴⁵⁴. Ello en contra la más elemental propor-

⁴⁵⁰ COHEN, S., 1988, p. 53; igualmente, «The punitive city: notes on the dispersal of Social Control», *Contemporary Crises*, octubre 1979, p. 345.

⁴⁵¹ Díez RIPOLLÉS, J. L., *RECPC*, 2017, p. 10.

⁴⁵² GREENBERG, D., *Issues in Criminology*, 1975, pp. 8-12.

⁴⁵³ Exponen la evolución descrita, VAN ZYL SMIT, D., SNACKEN, S., 2013, pp. 107-110.

⁴⁵⁴ GREENBERG, D., *Issues in Criminology*, 1975, p. 16; COHEN, S., *Contemporary Crises*, 1979, p. 346; CESANO, J. D., *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2003, pp. 873-874.

cionalidad respecto de la conducta inicialmente realizada y de la que suponía el propio incumplimiento de la medida. Y de modo indirecto pero también relevante, la posibilidad de ir a prisión por nuevo delito se veía incrementada si constaba la aplicación anterior de una medida alternativa, aspecto que cada vez era más probable dado el aumento del abanico punitivo al que el movimiento descarceratorio había abocado⁴⁵⁵. Por tanto, nuevos ingresos que sumaban a los ya existentes, que como hemos visto, no se redujeron.

Desmitificar los logros de la pretendida descarceración, no obsta sin embargo, para evitar la sensación de que la misma se llevó a cabo⁴⁵⁶. El aumento masivo de la aplicación de nuevas y viejas medidas alternativas así lo aparentaba. Ningún sistema podría ser tan caótico como para extenderse incontroladamente en oposición a sus propias pretensiones reformadoras.

Por ello, de repente pierde sentido reclamar la descriminalización de las conductas leves que la norma penal de pronto abarca. Éstas, no sólo recibían ese aparente trato penal de escasa entidad punitiva, prácticamente irrelevante y defendido por el nuevo *soft law*, sino que, dando respuesta penal a las mismas se procuraba supuestamente una rehabilitación comunitaria de sus autores. Siguiendo la misma lógica, se olvidan las voces que reclamaban una mejora de la situación de las prisiones, pues la supuesta descarceración que se había llevado a cabo ya había aportado soluciones al respecto.

Pero no sólo no se logró la descarceración que se pretendía, sino que ninguno de los motivos que la justificaban encontró solución. A la vez que se generaron nuevos problemas, que procedemos a repasar.

En primer lugar, la pretendida resocialización comunitaria que algunos autores aportaban como motivo para reducir la pena de cárcel, resultó utópica. En vez de desarrollarse por parte del Estado programas comunitarios de auténtica inserción social, lo que se produjo fue un desentendimiento de los entes públicos, quienes dejaron en manos ajenas una buena parte de la gestión de dichos programas y, por tanto, de la ejecución de lo que comenzaba a ser un sector importante del Derecho Penal. Bajo la llamada socialización comunitaria, el Estado aparcó la planificación y ejecución de las infraestructuras necesarias, permitiendo a la propia comunidad procurar por sí sola esa integración. Integración que, a falta de medios y de intervención estatales, derivó en dejadez de tratamiento, rechazo social y creación de *ghettos*. La reducción de las

⁴⁵⁵ COHEN, S., 1988, p. 55.

⁴⁵⁶ GREENBERG, D., *Issues in Criminology*, 1975, pp. 18 y ss.

estructuras estatales, favorecida por la descarceración, actuó con mucha más potencia que ésta hasta acabar engulléndola⁴⁵⁷.

En segundo lugar, en contra del objetivo de la descarceración de reducir el etiquetamiento de los condenados, evitando su encierro y procurando una ejecución penal lo más normalizada posible, la aplicación de algunas de las medidas alternativas supone un intenso seguimiento y control de estos. Contrariamente a su apariencia de penas no intervencionistas, buenas por naturaleza, es difícil distinguir en ocasiones lo que las diferencia de la pena privativa de libertad en régimen de semilibertad⁴⁵⁸.

Y sin embargo, a pesar de alcanzar altas cotas de intervencionismo e implicar un nivel de etiquetamiento similar al de la prisión, las garantías para la imposición de las medidas alternativas decrecen considerablemente en comparación con las propias de la pena privativa de libertad. Desde la perspectiva procesal, consecuencia de ese escaso valor punitivo que las caracteriza, su determinación se rige por parámetros ampliamente discrecionales en procesos con garantías penales muy disminuidas⁴⁵⁹. Desde el punto de vista del principio de proporcionalidad, ésta resulta atacada desde flancos distintos. De un lado, en la imposición de las medidas, donde la valoración del acto cometido juega un papel demasiado escaso, situándose el acento más en el ofendido, en su estilo de vida y en la posibilidad mayor o menor de alcanzar el modo de comportamiento normalizado que a través de la medida se pretende⁴⁶⁰. De otro, como adelantábamos antes y muestra de ataque frontal a este principio, los supuestos de revocación de medida con consiguiente imposición de pena de prisión. Es decir, la aceptación por parte del sistema penal de que medidas no privativas de libertad, deriven en pena de prisión por incumplimiento de alguno de los requisitos que las configuran.

Por último y por todo lo expuesto, es fácil deducir que la reducción de costes que la descarceración también pretendía no tuvo lugar. No sólo no se redujo la población penitenciaria, sino que ésta aumentó, sumándose a estos gastos los que las medidas alternativas, por mínima y delegada que fuera la intervención estatal, acabaron ocasionando.

⁴⁵⁷ SCULL, A., 1984, p. 105.

⁴⁵⁸ COHEN, S., *Contemporary Crises*, 1979, p. 345.

⁴⁵⁹ LARRAURI, E., «Las paradojas del modelo descarceratorio en EE.UU.», *ADPCP*, t. 40, 1987, p. 777. De la misma autora, «Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo», *ADPCP*, t. 50, 1997, pp. 133-168, donde profundiza en el choque teórico entre ambas corrientes.

⁴⁶⁰ GREENBERG, D., *Issues in Criminology*, 1975, p. 17; SCULL, A., «Community Corrections: Panacea, Progress or Pretense?», en ABEL, R., *The Politics of Informal Justice*, Academic Press, New York, 1982, p. 114.

¿Cómo un proceso aparentemente bien intencionado pudo generar consecuencias tan opuestas a las pretendidas, perdiendo del todo el control sobre su desarrollo?

Algunos autores sugieren que subyacen en todo este proceso intereses económicos implicados en la gestión penal⁴⁶¹, otros acuden a una intencionada expansión punitiva⁴⁶². Sin embargo, sin discutir su relevancia, concurre a nuestro juicio otro argumento de más peso que los anteriores. En concreto, el hecho de que al movimiento descarceratorio se le sumó otro que dura hasta nuestros días, el populismo punitivo, que ocasionó que los desajustes creados por el primero no pudieran corregirse a tiempo, al ser bienvenidos y potenciados por el segundo.

3. LOS OCHENTA Y EL POPULISMO PUNITIVO

Desde los años ochenta, asistimos a lo que se ha desarrollado y consolidado como una nueva función del Derecho Penal basada en tres ideas: a mayor pena menor delito, a más penas mayor refuerzo del consenso moral de la sociedad, y de forma tácita y nunca admitida, a mayor uso del Derecho Penal en el sentido descrito, mayores ganancias electorales⁴⁶³. El conocido como *populismo punitivo* asume como buenas estas conclusiones simplistas con la finalidad cortoplacista de conseguir el apoyo de una opinión pública tan poco informada como utilizada⁴⁶⁴, en un juego en que los réditos electorales pesan mucho más que el lograr la efectividad de un sistema penal que perpetuamente se modifica. Como sucedía en relación al movimiento descarceratorio, el supuesto fracaso del ideal rehabilitador y las consiguientes críticas a sistemas penitenciarios como el nuestro contribuyen a extremar y consolidar estas posturas⁴⁶⁵.

⁴⁶¹ Así lo sostiene SCULL, A., «Community Corrections: Panacea, Progress and Pretense», en ABEL, R., 1982, pp. 101 y ss.

⁴⁶² FOUCAULT, M., 2005, p. 120; COHEN, S., *Contemporary Crises*, 1979, pp. 339 y ss.

⁴⁶³ BOTTOMS, A., «The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing», en CLARKSON, C. M. V., MORGAN, R., *The Politics of Sentencing Reform*, Clarendon Press, Oxford, 1995, p. 39.

⁴⁶⁴ Sobre el papel de la información en las reclamaciones sociales frente al delito, AIZPURÚA GONZÁLEZ, E., FERNÁNDEZ MOLINA, E., «Información, ¿antídoto frente al populismo punitivo? Estudio sobre las actitudes hacia el castigo de los menores infractores y el sistema de Justicia Juvenil», *REIC* n.º 9, 2011. Desde una perspectiva más general, ROBERTS, J. V., STALANS, L. J., INDERMAUR, D., HOUGH, M., *Penal populism and public opinion*, University Press, Oxford, 2003, pp. 4-5.

⁴⁶⁵ Profundiza en esta cuestión, LARRAURI, E., «Populismo punitivo y penas alternativas a la prisión», en BACIGALUPO SAGGESE, S., CANCIO MELIÁ, M., (Coords.), *Derecho Penal y Política Transnacional*, Atelier, Barcelona, 2005, pp. 283-304.

Íntimamente relacionado con este fenómeno, surge otro, el denominado *Derecho Penal del enemigo*⁴⁶⁶. El concepto, desarrollado por Jakobs, define la tendencia actual a crear un derecho de excepción, al margen del derecho común a los ciudadanos, para determinados delincuentes considerados peligrosos. En el fondo, se trata de la generalización y aceptación normativa del derecho de autor que aplica previsiones especiales (desde el mayor aumento de penas, hasta normas procesales y penitenciarias específicas) a aquellos que considera enemigos (principalmente, los vinculados a la delincuencia terrorista, la criminalidad organizada y los delitos sexuales), no tanto por lo que han hecho, sino por lo que son y el peligro que en función de ello suponen.

El resultado es un *Derecho Penal simbólico* a través del que «determinados agentes políticos persiguen el objetivo de dar la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido»⁴⁶⁷. Un Derecho Penal que pasa a primera línea de la política, en un contexto en el que la pena pública sale constantemente a la palestra como solución de cualesquiera tensiones sociales, y en el que el único criterio de política-criminal consiste en el incremento cualitativo y cuantitativo de la criminalización. Y como decimos, todo ello con carácter simbólico, pues los cambios se promueven con la intención de aparentar *tolerancia cero*⁴⁶⁸ frente al comportamiento desviado, pero sin el menor interés por indagar y resolver sus causas reales y con independencia de las graves consecuencias que las modificaciones penales conllevan.

A su vez, justamente por esa *tolerancia cero*, el Derecho Penal se construye como *derecho penal de la seguridad* cuyo contenido incluye cada vez más delitos de peligro abstracto, resultado de la creciente criminalización de conductas delictivas en el estadio previo de lesión de bienes jurídicos. Ello a pesar de lo imposible de su tarea pues el Derecho Penal no puede anular los riesgos intrínsecos a la vida en sociedad, «No puede evitar todo tipo de ries-

⁴⁶⁶ Sobre el concepto JAKOBS, G., CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003. Igualmente, CANCIO MELIÁ, M., «De nuevo: ¿Derecho penal del enemigo?», en CANCIO MELIÁ, M., GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coords.), *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Edisofer/BdF, Madrid-Montevideo/Buenos Aires, vol. 1, 2006, pp. 341-382; APONTE, A., «Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo. Günter Jakobs y los avatares de un Derecho penal de la enemistad», en CANCIO MELIÁ, M., GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., 2006, pp. 163-204. Sobre su impacto en la teoría del bien jurídico, JAKOBS, G., «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», en JAKOBS, G., *Estudios de Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 293 a 324; HEFENDEHL, R. et al., *La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

⁴⁶⁷ CANCIO MELIÁ, M., «Principios del Derecho Penal (II)», en LASCURÁIN SÁNCHEZ, J. A., 2015, p. 100.

⁴⁶⁸ REDONDO ILLESCAS, S., *Intolerancia Cero: Un mundo con menos normas y sanciones también sería posible*, 1.ª ed., Sello Editorial, Barcelona, 2009.

gos, no puede garantizar incolumidad, sino solo procesar delitos ya cometidos, desvalorándolos a través de la pena»⁴⁶⁹.

Y es que, además, se trata de un *derecho penal emocional*, que apela más a las emociones que a la resolución racional de los conflictos y en el que «no hay un tratamiento frío, desapasionado, de un problema de gestión de riesgos sociales, sino una verdadera hoguera de sentimientos colectivos hacia los agresores»⁴⁷⁰. Regresamos así a épocas pasadas en que la respuesta al delito venía marcada por la repulsa social que provocaba y no por criterios lógicos y razonados conforme a principios que ahora se relativizan.

En consecuencia, se produce una *expansión del derecho penal*⁴⁷¹ sin precedentes que supone la extensión de la red penal y el endurecimiento de la ya existente. Desbordamiento normativo que no conoce de límites. A pesar de que Jakobs considera al *Derecho Penal del enemigo* un subsistema que impide que el resto del Derecho Penal, el Derecho Penal de los ciudadanos, se vea afectado por la vorágine de endurecimiento, la realidad ha sido tozuda en el sentido contrario. Una vez que se acepta la introducción normativa del endurecimiento, aún para determinados colectivos, todo el ordenamiento queda afectado progresivamente. La propia evolución que ha sufrido nuestro CP nos sirve de ejemplo. Si previsiones específicas, como las excepciones al levantamiento del periodo de seguridad, comenzaron afectando sólo a autores de delitos terroristas y pertenecientes a organizaciones criminales, reformas penales posteriores las han extendido a otros como los que hubieran cometido delitos contra la libertad sexual. Y en el mismo sentido expansivo, el ardid jurídico por el que la naturaleza de la libertad condicional se ha transformado de cuarto grado penitenciario a mecanismo de suspensión de la condena, no ha servido más que para ampliar la pérdida del tiempo pasado en libertad condicional en caso de revocación a todos los internos y no sólo a los pertenecientes a banda armada u organizaciones criminales⁴⁷².

⁴⁶⁹ CANCIO MELIÁ, M., «Principios del Derecho Penal (III)», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., 2015, p. 163.

⁴⁷⁰ CANCIO MELIÁ, M., «Principios del Derecho Penal (III)», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., 2015, p. 163.

⁴⁷¹ Profundiza en este asunto, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho Penal*, 3.ª ed., Edisofer/BdF, Madrid-Montevideo/Buenos Aires, 2011. Como resumen CANCIO MELIÁ, M., «Principios del Derecho Penal (II)», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., 2015, p. 105: «El entendimiento erróneo, prospectivo e ilimitado del elemento del daño social –la idea de que el Derecho penal, como la policía, sólo debe prevenir delitos– conduce a una expansión sin límites del ordenamiento penal».

⁴⁷² Para MENDOZA BUERGO, B., «La determinación de la pena, las instituciones individualizadoras y los sustitutivos de las penas privativas de libertad», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., 2015, pp. 368-376, se trata del único motivo de la modificación.

Con todo ello, el distanciamiento entre el Derecho Penal actual respecto de los principios clásicos del Derecho Penal en los que se basó su evolución humanista y la posterior construcción de los sistemas penitenciarios se torna insalvable. La racionalización que intentó estructurar el conjunto del ordenamiento penal pierde fuerza a favor de los nuevos intereses que ahora imperan.

Así, decae el principio del hecho mediante un derecho de autor cuya construcción permite calificar la actitud interna del sujeto que se quiere castigar no por lo que ha hecho, sino por lo que es.

En contra del principio de proporcionalidad, el uso de la pena de prisión se generaliza. De hecho, una de las más conocidas manifestaciones del fenómeno que tratamos es el conocido como *mass imprisonment*, el aumento espectacular y aparentemente inevitable de las personas encarceladas desde los años ochenta. Muestra paradigmática de ello, lo que ha sucedido en EE.UU., pues si durante casi todo el siglo xx mantuvo una tasa de encarcelamiento del 110 por cada 100.000 habitantes, a partir de los años noventa la cifra es de 450 si se incluyen las prisiones locales⁴⁷³. A su vez, se establecen marcos penales con sanciones desproporcionadamente altas para ciertos supuestos de hecho, elegidos casi siempre en función de su auge mediático, que descompensan la proporcionalidad interna de los sistemas penales y dificultan, sino imposibilitan, la labor resocializadora a la que sistemas penitenciarios como el nuestro están abocados.

En la misma línea e igual de importante a efectos penitenciarios, se escoge la incapacitación como finalidad principal de la pena, en un Derecho Penal que no sólo aumenta la cuantía de las penas sino también la dureza e intensidad de las mismas. Sirva de ejemplo que en algunos de los Estados de EE.UU., el lugar donde esta tendencia normativa se muestra con mayor intensidad, existen las llamadas reglas de *three strikes and you're out*, que permiten que tras la comisión de tres infracciones penales, independientemente de su gravedad, el autor sea condenado a cadena perpetua⁴⁷⁴.

Y a pesar de que los efectos del populismo punitivo aparecen intensamente relacionados con la pena privativa de libertad, lo cierto es que el mismo también se sirvió de las medidas que se preveían como alternativas a la misma. Como anunciamos antes y a nuestro entender, los cambios introducidos por esta tendencia normativa vinieron a intensificar las paradójicas consecuencias

⁴⁷³ GARLAND, D., *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, University Press, Oxford, 2001, p. 5. En este sentido, LARRAURI PIJOAN, E., «Control del delito y castigo en EE.UU.», *Jueces para la democracia*, n.º 32, 1998, pp. 85-89, repasa los hitos que han llevado al aumento del uso de la prisión en EE.UU. y su relación con el movimiento descarceratorio.

⁴⁷⁴ LARRAURI PIJOAN, E., *Jueces para la democracia*, 1998, p. 87.

en las que la descarceración derivó y que han acabado afectando a nuestro sistema penitenciario.

En primer lugar, el populismo punitivo profundizó en la expansión del sistema penal que las medidas alternativas protagonizaron. Muestra de la *tolerancia cero*, el Derecho Penal comenzó a abarcar conductas cada vez más leves, mínimamente desviadas de la norma cívica, siendo las medidas alternativas la respuesta punitiva perfecta a fin de evitar, al menos en principio y apariencia, las críticas de castigo desproporcionado⁴⁷⁵.

En segundo lugar, el movimiento populista consolidó el hecho de que las medidas alternativas fueran menos alternativas y más acumulativas a la pena privativa de libertad. Escogiendo el concepto de sanción intermedia o castigo comunitario, en lugar del de medida alternativa en sentido estricto, el populismo punitivo destacó dicha compatibilidad, a la vez que, con gran rentabilidad electoralista, enfatizaba la mayor dureza de las medidas alternativas que se introducían, justamente por ese carácter intermedio y no tan benévolo que se les atribuía⁴⁷⁶.

Finalmente, el populismo punitivo contribuyó al aumento del uso de la prisión en el que la descarceración como movimiento derivó. Con la finalidad de presentar a la opinión pública medidas alternativas lo suficientemente severas, aumentó su carácter punitivo, combinando obligaciones (no delinquir, trabajar regularmente y participar en programas) que hubieran constituido medidas autónomas⁴⁷⁷. La mayor complejidad de las medidas y el hecho de que su incumplimiento derivase en la aplicación de pena privativa de libertad, hicieron que aumentasen las posibilidades de aplicar la pena de prisión⁴⁷⁸.

En definitiva, el populismo punitivo apuesta por una extensión del Derecho Penal y la intensificación de sus consecuencias. Desde el punto de vista de la pena privativa de libertad, aboga por una mayor aplicación de ésta que se justifica por sí sola y la incapacitación que impone. En cuanto a las medidas alternativas, sus resultados y efectos contribuyen y explican punto por punto la

⁴⁷⁵ A pesar de lo que inicialmente pudiera inferirse dado el aumento del uso de la prisión, lo cierto es que tal incremento no supuso impedimento para el aumento paralelo del uso de sanciones intermedias. En 1998 y sólo en Inglaterra, computando suspensiones de condena y multas, las medidas alternativas se aplicaban en un 73% de los casos. ASHWORTH, A., «The decline of English sentencing and other stories», en TONRY, M., FRASE, R. S., *Sentencing and Sanctions in Western Countries*, University Press, Oxford, 2001, p. 64.

⁴⁷⁶ BOTTOMS, A., GELSTHORPE, L., REX, S., *Community Penalties*, Willan Publishing, Devon, 2001, p. 242.

⁴⁷⁷ ASHWORTH, A., «The decline of English sentencing and other stories», en TONRY, M., FRASE, R.S., 2001, p. 72; LARRAURI PIJOAN, E., *Jueces para la democracia*, 1998, p. 86.

⁴⁷⁸ BOTTOMS, A., GELSTHORPE, L., REX, S., 2001, p. 97; RUTH, H., REITZ, K. V., *The challenge of crime*, Harvard University Press, 2003, p. 25.

deriva iniciada por el movimiento descarceratorio, en una extensión ilimitada de las consecuencias punitivas que el mismo movimiento populista justifica.

4. INCIDENCIA NACIONAL Y PENITENCIARIA

Las tendencias expuestas se han desarrollado con especial intensidad en España⁴⁷⁹. Como refiere Gimbernat Ordeig, el CP de 1995 «está influenciado por el renacimiento en los últimos años de la ideología de la ley y el orden, por un incremento descontrolado de nuevas figuras delictivas y por un insoportable rigor punitivo»⁴⁸⁰, siendo en su conjunto y sorprendentemente, más represivo incluso que el último CP de la Dictadura, el texto refundido de 1973. Sólo así puede entenderse que un país como el nuestro, con niveles de delincuencia violenta tan reducidos, tenga la mayor tasa de encarcelamiento de toda Europa occidental⁴⁸¹ y que las condenas alcancen una duración muy superior a las de nuestro entorno jurídico⁴⁸².

⁴⁷⁹ Para una visión más profunda, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «El nuevo modelo de seguridad ciudadana», *Jueces para la Democracia*, n.º 49, 2004, pp. 25-42; TAMARIT SUMALLA, J. M., «Política Criminal con bases empíricas en España», *PC*, n.º 3, 2007, pp. 1-16, quien repasa los movimientos que hemos asociado al populismo punitivo y sus efectos en el panorama normativo español; ANDRÉS LASO, A., 2016, pp. 476-486, resume las tendencias político criminales actuales y recoge algunas de las propuestas críticas elaboradas por la doctrina. En relación directa con las reformas normativas que luego abordamos, en especial, la nueva libertad condicional y la prisión permanente revisable, ARRIBAS LÓPEZ, J. E., «Sobre la urgente necesidad de cambiar los hábitos de producción normativa», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 8, 2017, pp. 5-7. Por su parte, LARRAURI PIJOAN, E., «Ayuntamientos de izquierdas y control del delito: Conferencia de Clausura del IV Congreso Español de Criminología», *Indret*, n.º 3, 2007, realiza un original estudio sobre la influencia del nuevo modelo normativo en las ordenanzas municipales.

⁴⁸⁰ Citado por CANCIO MELIÁ, M., «Principios del Derecho Penal (III)», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., 2015, p. 158.

⁴⁸¹ Con uno de los porcentajes de población reclusa más altos de Europa –164 presos por cada cien mil habitantes–, la tasa de criminalidad no alcanza la cifra de 48 por cien mil, muy lejos de los más de 70 por cien mil que resulta como media en el conjunto de los países de Europa. En el mismo sentido y desde un punto de vista dinámico, mientras que el conjunto de la población penitenciaria se ha cuadruplicado en los últimos treinta años, el aumento general de la población durante ese mismo período ha sido inferior al treinta por ciento. Datos obtenidos de BELZUNEGUI, B., «La Libertad Vigilada en la última reforma del Código Penal Español», *Derechopenal-online. Revista de Derecho Penal, procesal penal y criminología*, 27.01.11. Igualmente, lo destacan FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., 2016, pp. 293-294 y SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, I., *Constitucionalidad de la prisión permanente revisable y razones para su derogación*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 17 al abordar la introducción de la cadena perpetua revisable. LARRAURI PIJOAN, E., «La Economía política del castigo», *REPCP*, n.º 11-06, 2009, p. 7, ofrece datos coincidentes y complementarios referidos al medio penitenciario y el uso de los regímenes más próximos a la libertad.

⁴⁸² Como expone MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, pp. 82-83, en cuanto a la duración de las condenas, cualquier análisis comparativo resulta sorprendente. Tras las sucesivas reformas penales que no contemplaban la cadena perpetua como tal, la pena privativa de libertad llega a alcanzar en nuestro país los 40 años, cifra muy superior a la de otros países de nuestro contexto jurídico que, incluyendo entre su catálogo de penas la cadena perpetua, la limitan a un máximo de entre 20 y 25 años y, al margen de ella, sitúan en

Pero el CP de 1995 supone el punto de partida. Las numerosas modificaciones a las que se ha visto sometido no han hecho más que profundizar la senda por él iniciada. Nuestro CP ha sido sometido a treinta reformas en un periodo de vida de poco más de veinte años⁴⁸³. Es decir, en una ratio media de cambios normativos anuales, se supera la de una modificación por año. Nuestra legislación penal es *tan líquida*⁴⁸⁴ y nuestro CP de 1995 ha sido tan pródigo en cambios y adaptaciones, que se ha dado el caso de afectar normas que a su vez habían sido modificadas internamente, antes de que esos cambios hubiesen si quiera entrado en vigor. Como ejemplo, la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial modificada a través de la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, que en la voráGINE de una técnica legislativa confusa, dispersa y poco coordinada, afectaba a la LOPJ, pero entrando en vigor antes de la reforma interna que la LOPJ había sufrido previamente⁴⁸⁵.

Buscar el porqué de lo anterior nos lleva a consideraciones ya expuestas. El Derecho Penal ante todo, sobre todo, gestiona emociones, y supone una herramienta de poder demasiado sugerente como para no hacer uso de ella. No obstante, por su relevancia, por las implicaciones que conlleva sobre la libertad del ser humano, y aunque sólo sea, por las bondades de nuestro sistema penitenciario, al que con cada modificación afecta, sus cambios debieran ser más pensados y meditados, tendentes a la generación de un auténtico sistema, y en consonancia con un cierto consenso político y social serio que garantizase cierta estabilidad en el tiempo. Como vemos, nada más lejos de la realidad. Las múltiples modificaciones a las que el CP ha sido sometido dan clara mues-

torno a los 15 años el máximo de cumplimiento de la pena de prisión. En consonancia, TAMARIT SUMALLA, J. M., «Sistema de Sanciones y Política criminal. Un estudio de derecho comparado europeo», *RECPC*, n.º 09-06, 2007, pp. 16 y 23 muestra cómo nuestra legislación se sitúa a la cabeza de Europa en lo que a extensión de la pena privativa de libertad se refiere. Igualmente, en *PC*, 2007, p. 8, apunta que: «Hay serios indicios de que en España se castigan con penas de cárcel de gravedad media (el colectivo de condenados a penas entre tres y cinco años representa el 40% del total de penados, cifra sin parangón en otros Estados) hechos delictivos que en otros sistemas europeos reciben penas menos afflictivas». En términos similares, CID MOLINÉ, J., «El sistema penitenciario en España», *Jueces para la democracia*, n.º 45, 2002, p. 26: «El uso del sistema punitivo español es excesivo, tanto porque siguen entrando muchos infractores en prisión por delitos pequeños que debieran ser tratados con multas o penas comunitarias, como porque la duración efectiva de las condenas resulta, sin ninguna justificación, mayor que en la mayoría de países de la UE».

⁴⁸³ MESTRE DELGADO, E., «La reforma permanente como (mala) técnica legislativa en derecho penal», *La Ley Penal*, n.º 1, 2004, pp. 7-17, advertía tras la reforma de 2003 de los peligros de esta deriva normativa que sin embargo, se ha consolidado.

⁴⁸⁴ Tomado de SERRANO GÓMEZ, A., *Diario La Ley*, 2013. Igualmente, tras las últimas reformas, SAEZ RODRÍGUEZ, M. C., «La reforma del CP en la LO 1/2015. El eterno retorno», en *Prisión y alternativas en el nuevo CP tras la reforma 2015*, en LANDA GOROSTIZA, J.-M. (Dir.), GARRO CARRERA, E., ORTUBA Y FUENTES, M. (Coords.), Dykinson, Madrid, 2016, p. 26.

⁴⁸⁵ Sobre el papel de la LO 7/2003 en el endurecimiento del marco punitivo nacional y el uso oportunista del derecho penal, GARCÍA ALBERO, R., TAMARIT SUMALLA, J., 2004, pp. 17-31.

tra de ello. En la mayoría de las ocasiones son la respuesta fácil y efectista a los problemas sociales más mediáticos, y suponen un claro retroceso respecto a lo que fue función fundamental de la norma penal en su nacimiento⁴⁸⁶.

El desorden normativo que todo ello genera se acentúa más aún si tenemos en cuenta que las tendencias normativas antes expuestas, *descarcelación* y *populismo punitivo*, han actuado al unísono con una intensidad regulatoria sorprendente. El hecho de que estas tendencias se manifestasen, al menos en su origen y justificación, en sentidos distintos, no han obstado para que ambas hayan confluído en las modificaciones a las que el CP se ha visto sometido⁴⁸⁷.

Más allá de lo anterior, esos cambios responden en muchos casos a tendencias que colisionan no sólo entre sí, sino también con las bases del propio sistema que afectan. Ambas corrientes, ambas tendencias, chocan con las bases de nuestro sistema penal y penitenciario. Las modificaciones normativas que derivan de ellas, no sólo protagonizan un choque externo en cuanto a la filosofía jurídica que las inspira, sino que actúan frontalmente contra los cimientos del sistema sobre el que aplican. Uno y otro aspecto han motivado amplios cambios en nuestra normativa penal y tienen importantes consecuencias en nuestro sistema de ejecución de la pena privativa de libertad, poniendo en entredicho aspectos de configuración legal y constitucional y la puesta en práctica de lo que suponen.

Con todo ello, tenemos un Derecho Penal que en nada se parece a aquel que se creó bajo las premisas humanistas, pero que sin embargo, ha de convivir con un derecho penitenciario aún vigente que sigue respondiendo a las mismas. El choque de planteamientos es obvio, pero más grave todavía es la colisión que en la práctica se produce entre una norma penitenciaria que conserva

⁴⁸⁶ En este sentido, LEGANÉS GÓMEZ, S., 2005, p. 112, destaca los motivos electoralistas que se esconden detrás de las reformas penales desarrolladas en nuestro país con la finalidad principal del endurecimiento de las penas o la aplicación de las mismas. Por su parte, MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, p. 82, «Las investigaciones criminológicas coinciden en destacar que, tras dichas corrientes de opinión, se esconden motivaciones políticas y que, una sociedad bien informada, se vuelve más tolerante y proclive a soluciones reparadoras, mucho más cuando se sabe, con un alto grado de fiabilidad, que los índices de criminalidad no varían por muy duras que sean las penas. En no pocas ocasiones, en un mismo tiempo y país, se produce un endurecimiento de las penas y un aumento de la criminalidad más violenta». Para más información al respecto, el autor remite a KURY, H., «Sobre la relación entre sanciones y criminalidad o: ¿Qué efecto preventivo tienen las penas?», en VV.AA., *Modernas tendencias en las ciencias del Derecho Penal y la Criminología*, UNED, 2001, pp. 27 y ss.

⁴⁸⁷ Se cumple así en nuestro sistema con las predicciones realizadas por O'MALLEY, P., *Theoretical Criminology*, 1999, pp. 175-176; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «Tendencias del actual Derecho penal», en VV.AA., *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, pp. 39-40; DONINI, M., *Revista General de Derecho Penal*, 2007, pp. 11 y ss.

intactas sus finalidades y un Derecho Penal que ha modificado enteramente sus premisas⁴⁸⁸. Como acertadamente refiere Cervelló Donderis:

«Las reformas de 2003 y 2015 que endurecieron el sistema penitenciario dificultando el acceso al tercer grado y desnaturalizando la libertad condicional, reflejan una renuncia a la prioridad de este principio orientador –la reinserción–, abogando por una prisión más punitiva donde el cumplimiento se ve influido por la gravedad del delito y de la pena impuesta, en detrimento de la reinserción social»⁴⁸⁹.

En concreto para la última de dichas reformas, Del Rosal afirma que:

«Los rasgos comunes de estas reformas y las últimas del 2015 mantienen la misma pauta, han teñido al Derecho Penal postmoderno de una clara orientación punitivista, fundamentalmente contra la delincuencia grave y violenta, cuyas sanciones, en términos de duración, se aumentan sin sujeción a límites largamente asumidos, haciendo de la prisión el principal mecanismo de intervención y desatendiendo, casi por completo, la valoración y erradicación de las causas que provocan los comportamientos criminales o antisociales. Igualmente, este nuevo Derecho Penal ha hecho de la inocuización el fin primordial de la pena para alcanzar la seguridad, en la fase de conminación penal abstracta, frente a la delincuencia que es considerada más grave y violenta, a la vez que se ejercita, sin recato, una grosera manipulación del sistema de Derecho Penal mediante un desmedido ejercicio del populismo punitivo»⁴⁹⁰.

En definitiva, las reformas penales, especialmente las que se han producido desde 2003, configuran un Derecho Penal difícilmente conciliable con nuestro Derecho Penitenciario tal y como sigue configurado. Las siguientes páginas se dedican a repasar los hitos jurídicos en los que consideramos se produce ese choque con mayor intensidad. En paralelo, se intentan exponer los principios que en cada uno de esos ámbitos debieran continuar orientando la práctica penitenciaria, en tanto la normativa actual y especialmente el artículo 25.2 CE, sigan vigentes.

⁴⁸⁸ FERNÁNDEZ BERMEJO, D., MEDINA DÍAZ, O., «El beneficio penitenciario del adelantamiento de la libertad condicional en España. Análisis histórico-evolutivo de la institución», *Revista Criminalidad*, n.º 58, 2016, p. 99.

⁴⁸⁹ CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 31.

⁴⁹⁰ DEL ROSAL BLASCO, B., *Manual Reforma Penal 2015*, Wolters Kluwer Formación, 2015, Módulo 1, p. 5.

CAPÍTULO II

EL IMPACTO DE LA LO 7/2003 DE CUMPLIMIENTO ÍNTEGRO Y EFECTIVO DE LAS PENAS EN EL ACCESO AL TERCER GRADO PENITENCIARIO

1. LOS NUEVOS REQUISITOS DE ACCESO AL TERCER GRADO

Varios son los preceptos de la norma penitenciaria que determinan tanto las variables a tener en cuenta al valorar el acceso al tercer grado de un interno, como los momentos de la condena en que ello es posible.

En cuanto a los factores a considerar, el artículo 65.2 LOGP determina que «la progresión en el tratamiento dependerá de la modificación de aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva; se manifestará en la conducta global del interno y entrañará un acrecentamiento de la confianza depositada en el mismo y la atribución de responsabilidades, cada vez más importantes, que implicarán una mayor libertad». En su desarrollo, el apartado 2 del artículo 102 RP, enumera las variables a considerar, añadiendo a las estrictamente clínicas, aquellas de carácter más social, incluyendo la duración de la pena. Como ya vimos, establece que «para determinar la clasificación, las Juntas de Tratamiento ponderarán la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, la duración de las penas, el medio social al que retorne el recluso y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento». Por último, en concreto para el tercer grado, el apartado 4 del mismo precepto se manifiesta en los siguientes términos:

«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».

Por su parte, en cuanto al momento en que el acceso al tercer grado es posible, el artículo 72 LOGP establece en su apartado tercero 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», precisando en su siguiente apartado 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 tanto, para la norma penitenciaria, el acceso al tercer grado depende de la evolución del interno en el tratamiento que se le esté aplicando, tomando en consideración tanto su situación personal como la de su entorno social, en relación directa con el delito que se hubiera cometido y la pena impuesta. De manera que con todo ello se pueda prever un buen uso del régimen de semilibertad que el tercer grado supone. Lo anterior en cualquier momento del cumplimiento: la norma prevé tanto la clasificación inicial en tercer grado, como la prohibición de mantener en un grado inferior a quien por su evolución merece una clasificación más favorable.

Esta configuración del acceso al tercer grado basado principalmente en la evolución tratamental y con la flexibilidad que los preceptos anteriores permiten, se ha visto muy limitada en los últimos años con la introducción de nuevos requisitos en la LO 7/2003. En concreto: haber superado el periodo de seguridad, haber procedido al abono de la responsabilidad civil o tener intención de ello y el repudio de la actividad delictiva desarrollada en el seno de una banda armada. Estos invalidan de facto lo que los preceptos transcritos permiten y desde los márgenes del sistema de ejecución, trastocan de manera profunda su naturaleza. Ya no será posible el acceso al tercer grado en cualquier momento del cumplimiento, a la vez que, habrá que mantener a internos en un grado inferior, a pesar de que pueden ofrecer confianza suficiente para vivir en semilibertad considerando su evolución en los términos del artículo 65.2 LOGP y el artículo 102.2 RP.

A su vez, de forma paradójica, lo que la reforma de 2003 pretende, el cumplimiento más oneroso de la pena privativa de libertad en términos de internamiento efectivo, ya era posible de acuerdo a la normativa penitenciaria que pone en entredicho. No hace falta más que recordar que el artículo 102.2 RP contempla la duración de la pena y el delito cometido como variables a considerar en la clasificación. Con mayor o menor acierto del precepto⁴⁹¹, lo

⁴⁹¹ Redacción un tanto compleja que intenta que la clasificación del interno tenga una fundamentación completa basada en el mayor número de variables. Tratando de ordenarlas según su contenido, ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V., 2006, p. 224, las clasifican y definen de la siguiente manera: *personalidad* en tanto que inteligencia, motivación, emoción, autoconcepto o

importante en este punto es caer en la cuenta de que en la clasificación tratamental y la consiguiente asignación de régimen de vida, se consideran variables personales y sociales concurrentes en el propio interno, pero también otras penales y penitenciarias, consecuencia de la actividad delictiva y ajenas a las características más personales del mismo. En especial, la que refiere la duración de la pena que introduce un importante matiz en la valoración de la capacidad del interno para cumplir con un determinado régimen de vida y su consiguiente clasificación. Así, a pesar de la especial influencia de la prevención especial en nuestro sistema y la posibilidad de que un interno sea clasificado en tercer grado al inicio mismo de la condena, lo cierto es que esta variable nos recuerda a la interpretación que el TC hace del artículo 25.2 CE en cuanto esos otros fines de la pena diferentes de la prevención-especial, pero que también tienen cabida en nuestro sistema⁴⁹².

Frente a ello, la LO 7/2003 introduce con sus requisitos una rigidez en nuestro sistema de ejecución que no sólo impide la puesta en práctica de sus potencialidades, sino que contradice la propia individualización en el cumplimiento en el que se basa⁴⁹³.

Veamos uno a uno, los importantes cambios que la acumulación de estos requisitos ha provocado⁴⁹⁴.

2. EL PERIODO DE SEGURIDAD

El denominado periodo de seguridad es una institución de origen galo, que el Derecho Penal francés prevé para casos de acumulación jurídica en su-

identidad y actitudes y normas; *historial personal*, que deja de lado la mera enumeración biográfica para centrarse en los procesos de aprendizaje familiares, sociales y ambientales del interno; *carrera delictiva* como variable de estudio enteramente jurídico; y *situación social y recursos* que trata de dilucidar las facilidades o dificultades de reinserción social con que cuenta el interno durante las salidas periódicas que se le concedan durante el cumplimiento, como tras la excarcelación definitiva.

⁴⁹² SSTC 191/1988, de 16 de febrero, 55/1996, de 28 de marzo y 120/2000, de 10 de mayo, entre otras.

⁴⁹³ TAMARIT SUMALLA, J. M., «La reforma de la libertad condicional», en GARCÍA ALBERO, R., TAMARIT SUMALLA, J. M., 2004, p. 92, habla de contrarreforma en lo tocante a la orientación de la política criminal que con esta norma se inicia.

⁴⁹⁴ Analizan los criterios para la clasificación en tercer grado, CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 206-217. De la misma autora, «Los nuevos criterios de clasificación penitenciaria», *La Ley Penal*, n.º 8, 2004, pp. 5-22; «La clasificación en tercer grado como instrumento de resocialización», en DE CASTRO ANTONIO, J. L., SEGOVIA BERNABÉ, J. L. (Dir.), *El Juez de Vigilancia penitenciaria y el tratamiento penitenciario*, CGPJ, Madrid 2006, pp. 157-204; «Responsabilidad civil y tratamiento penitenciario», *Derecho penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones*, CDJ. *Ejemplar dedicado al Derecho Penitenciario: Incidencia de las nuevas modificaciones*, n.º 22, 2006, pp. 89-141. A su vez, FUENTES OSORIO, J. L., «Sistema de clasificación penitenciaria y el periodo de seguridad del artículo 36.2 CP», *Indret*, n.º 1, 2011.

puestos de delitos de terrorismo⁴⁹⁵. El hecho de que nuestro CP permita aplicarlo a todos los internos con condena superior a cinco años, ya da muestra de su desproporcionalidad.

A pesar de tratarse de un requisito de acceso al tercer grado, su regulación se contempla en el artículo 36.2 CP. Indirectamente, se introduce en la norma penitenciaria a través del artículo 72.5 LOGP, que al regular el requisito del abono de la responsabilidad civil, hace referencia a que «La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además (...) los requisitos previstos por el Código Penal».

En su redacción original, matizada como veremos posteriormente por la LO 5/2010, el artículo 36.2 CP determinaba que:

«Cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta.

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, 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»⁴⁹⁶.

La Exposición de Motivos de la LO 7/2003 señala como razón principal para introducir esta institución tan ajena al espíritu de nuestro sistema de ejecución penal la de dotar de mayor seguridad jurídica el cumplimiento penal, otorgando a los ciudadanos una mayor certeza a la hora de conocer de la ejecución de las penas que previsiblemente se les impondrían de cometer algún

⁴⁹⁵ Los artículos 132-23 del CP francés y los artículos 720-2 a 720-5 del Código Procesal Penal, son los que regulan el periodo de seguridad de manera muy farragosa y casuística. De ahí que TÉLLEZ AGUILERA, A., «La Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: una nota de urgencia», *La Ley*, n.º 4, 2003, pp. 1641-1651, agradezca que no se haya trasladado a nuestro ordenamiento la complejidad que la institución tiene en su regulación de origen. No obstante, GARCÍA ALBERO, R., «Cumplimiento y ejecución de las penas privativas de libertad. El acceso al tercer grado», en GARCÍA ALBERO, R., TAMARIT SUMALLA, J., 2004, p. 23, critica que se tomen como referencia ordenamientos cuyos sistemas de ejecución son tan diferentes al nuestro.

⁴⁹⁶ No sólo se critica la oportunidad de este nuevo requisito, sino que su ubicación e incidencia sistemática también ha sido objeto de estudio. Al respecto, CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 207: «es criticable ya que además de dispersar los requisitos necesarios para el tercer grado, involucra al Código penal en la regulación de una materia penitenciaria en el seno de un precepto relativo a la duración de la pena de prisión».

delito⁴⁹⁷. El CGPJ en su Informe al Anteproyecto de la LO hace referencia a lo acertado de esta institución en cuanto a la necesidad de que los ciudadanos confíen en el sistema penal y en su ejecución⁴⁹⁸.

En el mismo sentido, Manzanares Samaniego se muestra favorable al período de seguridad porque entiende que la clasificación tercer grado concedía a la Administración un margen de actuación demasiado amplio y discrecional. Así, según este autor, «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»⁴⁹⁹.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista, los motivos señalados no sirven para introducir un instrumento tan extraño al sistema de individualización científica y que limita tanto sus posibilidades. La incidencia del período de seguridad en el sistema de ejecución es muy intensa y la justificación que el legislador aporta para ello del todo insuficiente, además de preocupante. Como advierte García Albero, «lo más inquietante es la idea implícita de que el citado derecho del ciudadano –seguridad jurídica– no va referido al potencial infractor sino a un todavía más indefinido ciudadano, trasunto conceptual de una sociedad como entelequia, de cuya necesidad de seguridad y protección de bienes jurídicos surge precisamente la potestad definitiva del Estado»⁵⁰⁰.

⁴⁹⁷ En palabras de RODRÍGUEZ ALONSO, A., 2003, p. 303, el periodo de seguridad lo es en «aras de garantizar los fines de la prevención general». De la misma opinión, GARCÍA ALBERO, R., «Cumplimiento y ejecución de las penas privativas de libertad. El acceso al tercer grado», en GARCÍA ALBERO, R., TAMARIT SUMALLA, J., 2004, p. 34: «el papel preponderante atribuido al principio de resocialización y reinserción social en fase de ejecución de pena, indiscutido al menos desde las otrora dominantes teoría dialéctica o de la unión, se ve desplazado a un segundo plano en beneficio de supuestas exigencias preventivo generales positivas, enmascaradas bajo la genérica apelación a la proporcionalidad». Igualmente, ANDRÉS LASO, A., 2016, p. 350.

⁴⁹⁸ Igualmente, VILLAMERIEL PRESENCIÓ, miembro de la Comisión Técnica de la Reforma del Sistema de Penas creada por Orden del Ministerio de Justicia de 14 de julio de 2000 («BOE» de 16 de julio de 2000). VILLAMERIEL PRESENCIÓ, J. L., «La Comisión Técnica de reforma del sistema de penas y la reforma penal del año 2003», *Diario La Ley*, n.º 6010, Sección Tribuna, 04.05.04.

⁴⁹⁹ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Diario La Ley*, 2003, p. 12.

⁵⁰⁰ GARCÍA ALBERO, R., «Cumplimiento y ejecución de las penas privativas de libertad. El acceso al tercer grado», en GARCÍA ALBERO, R., TAMARIT SUMALLA, J., 2004, p. 22.

2.1 Enfrentamiento normativo

De los tres requisitos que LO 7/2003 introdujo para el acceso al tercer grado, el periodo de seguridad es sin duda la que ha constituido el mayor impacto originando múltiples cambios en su aplicación y una confrontación normativa importante con muchos de los preceptos que lo regulan⁵⁰¹. Su establecimiento supone un choque frontal con la propia filosofía de lo que el sistema de individualización científica pretende y regresa a sistemas progresivos que el nuestro trató de superar⁵⁰². La introducción de la exigencia de tener cumplida la mitad de la condena nada tiene que ver con nuestro sistema penitenciario que se dibuja desde premisas de flexibilidad que por su propia definición van más allá de los sistemas progresivos a los que este requisito regresa⁵⁰³.

Leganés Gómez destaca el choque que supone la introducción del periodo de seguridad con la filosofía de fondo de nuestro sistema:

«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 artículo 72 LOGP, y 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 período de seguridad parece reverberar aquellas exigencias de permanecer la mitad de la condena del período 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»⁵⁰⁴.

⁵⁰¹ Por ello, la doctrina critica su ubicación, defendiendo que debería contenerse en la LOGP por ser un tema de ejecución de penas y verse la LOGP intensamente matizada. RODRÍGUEZ ALONSO, A., 2003, p. 296; LEGANÉS GÓMEZ, S., 2005, p. 121 y FERNÁNDEZ GARCÍA, J., en VV. AA., «El presente de la ejecución penitenciaria. XXV aniversario de la Ley Orgánica General Penitenciaria», en *La reforma penal a debate*, XVI Congreso Universitario de alumnos de Derecho Penal, Universidad de Salamanca, 2004; ANDRÉS LASO, A., 2016., p. 351.

⁵⁰² GARCÍA ALBERO, R., «Cumplimiento y ejecución de las penas privativas de libertad. El acceso al tercer grado», en GARCÍA ALBERO, R., TAMARIT SUMALLA, J., 2004, p. 34, donde advierte de un «soterrado regreso al sistema progresivo». En términos similares, CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 208, advierte que se regresa «a los inicios del sistema progresivo, que ya desde la reforma de 1968 estaba en decadencia, y debilitando el sistema de individualización científica, al permitir el desplazamiento de las variables individuales por la preferencia de la objetiva de la duración de la condena».

⁵⁰³ GARCÍA ALBERO, R., «Cumplimiento y ejecución de las penas privativas de libertad. El acceso al tercer grado», en GARCÍA ALBERO, R., TAMARIT SUMALLA, J., 2004, pp. 47-49; ANDRÉS LASO, A., 2016, p. 350.

⁵⁰⁴ LEGANÉS GÓMEZ, S., 2005, p. 110. Dentro del debate parlamentario sobre la introducción del periodo de seguridad, el Grupo Mixto justificaba su supresión del siguiente modo: «La introducción de un nuevo apartado 2, en el artículo 36 del C.P., instituyendo un período de seguridad, constituiría un paso definitivo en el proceso de liquidación del modelo instituido por la LOGP, una de las leyes penitenciarias más humanas del mundo, pero que ha sido sometida a un acoso constante, hasta conseguir que el Estado español se sitúe a la cabeza de las tasas de encarcelamiento en Europa occidental. De prosperar la propues-

Hasta tal punto es así que el CGPJ en el Informe sobre el Anteproyecto de LO 7/2003, se pronuncia sobre esta cuestión en los siguientes términos:

«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»⁵⁰⁵.

De modo que parte de la doctrina ha pasado a denominar el sistema de *modelo flexible semi-rígido*, poniendo el foco de atención en las contradicciones internas que en realidad entraña⁵⁰⁶.

A efectos de explicitar esta confrontación, resulta muy significativo el artículo 104.3 RP. Como vimos, el mismo permite que «un interno que no tenga extinguida la cuarta parte de la condena o condenas pueda ser propuesto para tercer grado siempre que haya transcurrido 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 artículo 102.2, valorándose, especialmente, el historial delictivo y la integración social del penado». Pues bien, con la introducción del periodo de seguridad, no sólo deja sin apenas sentido la previsión del artículo 104.3 del Reglamento Penitenciario que tan sólo tendrá virtualidad en los casos en los que el JVP dispense al penado de la aplicación del período de seguridad, o cuando la pena no sea superior a cinco años de duración⁵⁰⁷, sino que, más importante, se pone de manifiesto el sinsentido de combinar dos cuerpos normativos tan extraños entre sí: un CP que exige el cumplimiento de la mitad de la condena para el acceso al tercer grado, y una norma penitenciaria que ni siquiera tiene en cuenta la cuarta parte de la condena como requisito para dicho acceso.

Con todo ello, parece que de nuevo hablásemos de fases de cumplimiento sucesivas, obligatorias e inflexibles en las que la evolución individualizada del interno tratado pierde relevancia y poco o nada tiene que aportar. Y es que,

ta del Gobierno, la custodia e inocuización de reclusos se erigirían en los objetivos principales de unas prisiones, indefectiblemente hacinadas, en las que ya agoniza, falto de recursos y organización adecuada, un tratamiento realmente individualizado. En el caso de los delitos de terrorismo, se sigue confundiendo especialidad con excepcionalidad. Ante el riesgo de instrumentalización o fracasos aislados, la respuesta del legislador no puede ser la restricción generalizada de todo el sistema del tratamiento penitenciario, sino una mejor gestión del mismo». BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A (Proyectos de Ley), n.º 129-8, p. 29.

⁵⁰⁵ Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de LO de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, Comisión de Estudios e Informes, 2003, p. 21.

⁵⁰⁶ ARANDA CARBONEL, M. J., *REP*, 2006, p. 68.

⁵⁰⁷ LEGANÉS GÓMEZ, S., 2005, p. 110; FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *Estudios penales y criminológicos*, 2015, pp. 160-161.

el periodo de seguridad que se introduce, carece de toda vinculación tratamental y limita el acceso al tercer grado a pesar que desde el punto de vista de evolución tratamental del interno afectado puedan concurrir condiciones suficientes para su acceso al régimen de semilibertad que el tercer grado conlleva.

En la línea argumental defendida, Ríos Martín señala que el período de seguridad acaba absurdamente y sin fundamento razonable con el principio de individualización científica en el que se fundamenta el desarrollo del tratamiento penitenciario que la LOGP regula⁵⁰⁸. Igualmente, Bueno Arús, se muestra contrario al periodo de seguridad por ser claramente una medida de precaución política que altera la naturaleza y la finalidad preventivo-especial positiva de la pena⁵⁰⁹. En palabras de Leganés Gómez:

«Desde nuestro punto de vista, no cabe duda que el artículo 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 personalidad del penado»⁵¹⁰.

En el mismo sentido, Téllez Aguilera refiere que el sistema de individualización científica acuñado por la LOGP se ha *esclerotizado*, quebrando la columna principal del mismo al establecer nuevos plazos y otros requisitos⁵¹¹.

A su vez, este choque normativo y la profunda incidencia que el periodo de seguridad provoca en las bases de nuestro sistema no encuentran justificación suficiente en el pretendido aumento de la seguridad jurídica durante el cumplimiento de la condena. Mediante el periodo de seguridad la reforma trata de evitar el supuesto *vaciado penal*⁵¹² que se produce con el acceso al tercer grado en los términos que la LOGP permite. Sin embargo, concurren fundadas razones que hacen dudar de su necesidad.

En primer lugar, a pesar de que «el beneficiario 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, no puede sostenerse ni que el tercer grado de tratamiento no sea cumplimiento de la pena privativa de libertad, ni que la clasificación inicial en

⁵⁰⁸ RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, p. 153.

⁵⁰⁹ BUENOS ARÚS, F., Prólogo al libro de RENART GARCÍA, *Libertad Condicional: nuevo régimen jurídico*, Edisofer, Madrid, 2004, p. 21.

⁵¹⁰ LEGANÉS GÓMEZ, S., 2005, p. 117.

⁵¹¹ TÉLLEZ AGUILERA, A., «¿Hacia un Guantánamo español? Reflexiones a partir de la LO 7/2003», *Revista ATIP*, n.º 1, 2004, p. 24. De la misma opinión, GARCÍA ALBERO, R., «Cumplimiento y ejecución de las penas privativas de libertad. El acceso al tercer grado», en GARCÍA ALBERO, R., TAMARIT SUMALLA, J., 2004, pp. 30-63; ARANDA CARBONEL, M. J., *REP*, 2006, p. 68.

⁵¹² Tomado de MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Diario La Ley*, 2003.

tercer grado prevista reglamentariamente signifique modificar la penalidad impuesta en la sentencia firme»⁵¹³. Corroborando lo anterior, el pase a tercer grado se manifiesta de múltiples maneras que no siempre implican una rebaja de controles asimilable a la excarcelación prematura. Son muchos los casos en que un tercer grado adopta la modalidad de restringido del artículo 82 RP para permitir a los internos únicamente acudir a programas formativos no ofertados en los Centros Penitenciarios. Otras veces, un tercer grado supone el internamiento en Centros de Rehabilitación específicos –modalidad de tercer grado del art. 182 RP– con amenaza de regresión si se abandona el tratamiento⁵¹⁴. Pero es más, ni siquiera en relación a la modalidades de tercer grado menos restrictivas –tercer grado pleno del art. 83 RP y tercer grado con medios telemáticos art. 86.4 RP– podemos estar de acuerdo con Leganés Gómez cuando refiere que «el régimen abierto actual ofrece tal atenuación frente al ordinario, que puede situarse justamente en el punto de equilibrio entre aquél y la libertad condicional, comportando una modificación sustancial sobre lo que es una decisión judicial y firme de privación de libertad»⁵¹⁵. Desde nuestro punto de vista, y a pesar del menor rigor punitivo que el tercer grado por definición conlleva, el mismo implica el sometimiento a unos controles, sin duda diferentes a los del régimen ordinario, pero que inciden intensamente en la esfera de libertad del afectado –ejemplo de ello, la pernocta obligatoria en el CIS o, en caso de tercer grado telemático, cumplimiento del tiempo de permanencia en el domicilio fijado–. Incluso, por la propia mezcla que supone de momentos de libertad y momentos de restricción de ésta a lo largo de un mismo día, provoca un cierto estrés adaptativo en los internos y requiere de un periodo de adaptación importante por parte de los mismos en tanto asumen la idea de que la condena aún no se ha cumplido.

En segundo lugar, como vimos anteriormente, la interpretación constitucional del artículo 25.2 CE determina que la prevención especial no es susceptible de amparo ni constituye el único fin de la pena. En consonancia con ello, los artículos 63 LOGP y 102.2 RP hacen expresa referencia a la duración de la pena que hubiera sido impuesta entre las variables a considerar para la clasifi-

⁵¹³ Así se manifiesta la AP de Barcelona, mediante Auto de fecha 5-5-1998, en el que se estima recurso de apelación interpuesto contra el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n.º 1 de Barcelona que desestima el recurso de reforma que anulaba la resolución de la Direcció General de Serveis Penitenciaris i Rehabilitació, por el que clasificaba inicialmente al penado en tercer grado de tratamiento.

⁵¹⁴ Sobre las diferentes manifestaciones del tercer grado, SOLAR CALVO, P., «Tercer grado penitenciario (...)», *Diario La Ley*, 2016, pp. 4-11.

⁵¹⁵ LEGANÉS GÓMEZ, S., «Crónica de una sentencia anunciada: el período de seguridad», *La Ley Penal*, n.º 37, 2007, p. 116. De la misma opinión, FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *Estudios penales y criminológicos*, 2015, p. 131.

cación en grado, en tanto que factor directamente relacionado con la prevención general. Al respecto, es muy significativa la forma de expresarse del artículo 63 LOGP cuando dice que «(...) 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 y medidas penales en su caso, (...)»⁵¹⁶.

Finalmente, el sistema cuenta por sí mismo con suficientes correctivos para que las decisiones que erróneamente pueda tomar la Administración sean corregidas, pues son numerosos los filtros por los que pasa una propuesta de tercer grado.

En sede administrativa, intervienen en la mayoría de los casos el centro penitenciario como unidad proponente y el Centro Directivo en tanto que órgano decisor, corrector y armonizador de las líneas de actuación desarrolladas en los diferentes centros. Así, es habitual que surjan discrepancias en caso de propuestas a priori arriesgadas, como son las clasificaciones iniciales o progresiones a tercer grado, máxime si van unidas a tipos delictivos con cierta alarma social. De hecho, en estos supuestos en que la propuesta del centro penitenciario pueda resultar dudosa, el artículo 103.6 RP prevé la posibilidad de prorrogar en dos meses, los dos meses de estudio iniciales con que cuenta el Centro Directivo, a fin de recabar mayor información y ejercer un control más intenso sobre la actuación desarrollada en el centro⁵¹⁷.

Para el acceso al tercer grado, la Junta de Tratamiento del centro penitenciario tiene potestad administrativa absoluta únicamente en el supuesto del artículo 103.7 RP⁵¹⁸. Esto es, cuando el acuerdo de pase a régimen abierto se

⁵¹⁶ Hasta tal punto es así que MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, pp. 183-186, aún admitiendo las mayores posibilidades de individualización que ofrece nuestro sistema de ejecución frente a los sistemas progresivos de puro, advierte la fuerte influencia que la filosofía de estos sigue teniendo en la ejecución de la condena. En concreto, p.184: «se conserva una fuerte influencia de los sistemas objetivos temporales clásicos en los que la evolución de la pena es escalonada –graduada–, dependiendo sustancialmente del tiempo de pena cumplida». En sentido similar, CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 87, refiere la importancia que la gravedad del delito e incluso el tipo de delito mismo siguen teniendo en la determinación del régimen penitenciario. Igualmente, FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *Estudios penales y criminológicos*, 2015, p. 146.

⁵¹⁷ Según los apartados 4 y 6 artículo 103: «4. La resolución sobre la propuesta de clasificación penitenciaria se dictará, de forma escrita y motivada, por el Centro Directivo en el plazo máximo de dos meses desde su recepción. (...) 6. El Centro Directivo podrá ampliar el plazo para dictar la resolución de clasificación inicial hasta un máximo de dos meses más, para la mejor observación de la conducta y la consolidación de los factores positivos del interno».

⁵¹⁸ Pudiera parecer que la Orden INT/1127/2010, de Delegación de Competencias, potencia la competencia autónoma de la Junta de Tratamiento en materia de clasificación inicial y revisión de grado, evitando la intervención del Centro Directivo, conforme a la misma técnica que este artículo 103.7 RP. Sin embargo, esa primera impresión se corrige si tenemos en cuenta que los supuestos a los que se reduce son de clasificación o mantenimiento en segundo grado en casos en los que el segundo grado es prácticamente inevitable –clasificación para condenas de más de cinco años cuando se acuerde por unanimidad aplica-

adopte de manera unánime para internos con condenas de hasta un año⁵¹⁹. Partiendo de la baja cuantía de la condena impuesta, reconociendo de nuevo su importancia como variable de clasificación, se exonera a estos internos de la tramitación habitual que, en condenas cortas y por los tiempos procedimentales que se exigen, supondría la imposibilidad de acceder de manera regular al disfrute de permisos o a un tiempo prolongado en tercer grado⁵²⁰.

Por su parte, en sede judicial, de acuerdo con el artículo 107 RP, «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 previsto en el artículo 103.7, se notificarán, junto con el informe de la Junta de Tratamiento, al Ministerio Fiscal dentro de los tres días siguientes a la fecha de su adopción»⁵²¹. Se trata de un mecanismo de control que permite al MF interponer los correspondientes recursos ante la autoridad judicial en contra de la resolución que acuerde el tercer grado y que de interponerse sucesivos recursos de reforma y apelación puede llegar en apelación hasta el Tribunal senten-

ción de segundo grado y mantenimientos de grado con iguales requisitos que antes, sin que esté cumplida la mitad de la condena o consten dos sanciones graves o muy graves sin cancelar-. En cuanto al tercer grado, sólo se ven afectados los posibles cambios de modalidad, dejándose en manos de las Juntas de Tratamiento aquellas decisiones de carácter más burocrático, en las que la evolución del interno ya hubiera quedado acreditada. En concreto, corresponden a la Junta de Tratamiento todos los cambios de modalidad de tercer grado, excepto los que se realicen desde uno de los supuestos del artículo 104 RP, esto es, haber accedido al tercer grado con condenas de hasta un año o por enfermedad incurable; encontrarse en una Unidad Extrapenitenciaria o una Unidad Dependiente; o haberse aplicado el tercer grado en el contexto de la tramitación de Libertad Condicional para cumplimiento en país de origen o residencia según el artículo 197 RP. De modo similar, la Orden se refiere en concreto a la aplicación de los medios telemáticos. La decisión se asigna a la Junta de Tratamiento excepto si el interno se encontraba previamente en la situación del artículo 104 o 197 RP. En general, se sigue la filosofía de asignar en exclusiva a la Junta de Tratamiento aquellas decisiones más previsibles y burocráticas. Y aún así, dos aspectos adicionales han de ser considerados. De un lado, que estas decisiones de las Juntas de Tratamiento son recurribles judicialmente, pudiendo el interno acudir opcionalmente al Centro Directivo. De otro, siempre que dichas decisiones de clasificación o mantenimiento de grado se acompañen de cambio de centro de destino, habrán de remitirse al Centro Directivo, soberano único en dicha materia.

⁵¹⁹ En concreto: «Cuando se trate de penados con condenas de hasta un año, la propuesta de clasificación inicial formulada por la Junta de Tratamiento, adoptada por acuerdo unánime de sus miembros, tendrá la consideración de resolución de clasificación inicial a todos los efectos, salvo cuando se haya propuesto la clasificación en primer grado de tratamiento, en cuyo caso la resolución corresponderá al Centro Directivo». Dentro de esta posibilidad caben perfectamente meras clasificaciones en segundo grado. Sin embargo, de no concurrir otras variables desfavorables y por la propia importancia de la pena impuesta, la tendencia es que en condenas bajas se plantee con frecuencia el pase inicial a tercer grado sin pasos previos intermedios.

⁵²⁰ ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V., 2006, p. 233, se felicitan de la posibilidad que ofrece el RP.

⁵²¹ ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V., 2006, p. 246, aplauden esta previsión, pero exigen que se produzca la misma comunicación al JVP competente, tal y como reclama el propio CGPJ, pues las comunicaciones entre unos y otros no son siempre lo fluidas que debiera, ni se ubican si quiera en las mismas dependencias judiciales. En este sentido, el Informe del CGPJ de 25 de octubre de 1995.

ciador. Es decir, el propio sistema garantiza el control judicial del cumplimiento de la condena depositando en el órgano que la impuso el control último sobre la misma. Se garantiza así el control de la legalidad de la decisión y la seguridad jurídica en el cumplimiento de las penas, no sólo comprobando que la decisión administrativa se ha desarrollado en aplicación de la norma, sino también garantizando una cierta coherencia en el cumplimiento efectivo de las penas y la proporción entre la pena efectivamente cumplida y la impuesta en sentencia.

Es más, a través de esta vía de control, se suele reforzar el primero de los argumentos que aportamos. Muchas de las decisiones judiciales denegatorias del tercer grado no hacen sino aplicar la doctrina del TC respecto de la múltiple finalidad de la pena de prisión. El AAP de Cantabria de 14.08.2014 nos sirve de ejemplo de ello y de los sucesivos controles a los que la propuesta de acceso a tercer grado de una Junta de Tratamiento se somete.

«El Ministerio Fiscal muestra su discrepancia con el Auto dictado por la Sra. Magistrada de Vigilancia Penitencia estimando la queja interpuesta por el penado contra la resolución de instituciones que acordó su progresión al tercer grado penitenciario; e insta su revocación y el mantenimiento en segundo grado penitenciario.

(...)

La Junta de Tratamiento votó por mayoría a favor de la progresión, habiendo dos votos en contra (el Jurista y la Subdirectora del CIS). Instituciones penitenciarias acordó el mantenimiento en el segundo grado.

La Juez de Vigilancia Penitenciaria, en contra del parecer del Ministerio Fiscal, ha considerado que los elementos positivos, tienen mayor peso específico que los negativos, por lo que asume el criterio mayoritario de la Junta de Tratamiento y le concede la progresión de grado.

Es preciso recordar que la pena, además de la función de prevención especial, que tiende a intimidar al delincuente para que no vuelva a cometer actos delictivos, cumple una función de prevención general cuyo objetivo es restablecer la confianza del resto de la sociedad en el Estado de Derecho, fortalecer la convicción de la población sobre la intangibilidad de los bienes jurídicamente protegidos. Y no es menos importante, desde luego, el carácter retributivo de la pena con base en tipos establecidos por la legislación penal y fundamentada en la culpabilidad. La retribución descansa, pues, por un lado en la culpabilidad y por otro en la experimentación como algo merecido por el penado, y por la comunidad. El Tribunal Constitucional en Sentencias de 31-1-2000, 15-1-2001, 16-9-2002, 16-6-2003 y 15-11-2004, entre otras muchas, tiene declarado que la reeducación y resocialización a que refiere el artículo 25.2 de la Constitución no son las únicas finalidades que cumple la pena privativa de libertad, existiendo otras que la legitiman, como las de carácter preventivo, refiriéndose ampliamente a la prevención general y también a la especial.

(...)

De ahí que la Sala no pueda compartir el criterio de la juez de Vigilancia puesto que estima que los factores negativos son prevalentes. Efectivamente, teniendo sobre todo presente la gravedad de los delitos cometidos, la especial peligrosidad de las conductas por la violencia desplegada (asesinato cometido por acuchillamiento y lesiones ocasionadas con barra de hierro) y especialmente el hecho de que aún restan cuatro años para alcanzar el cumplimiento de las 3/4 partes del tiempo total de las condenas no hay razones suficientes que le hagan acreedor en este momento concreto para concederle el tercer grado. Es cierto que ha mejorado en su control emocional según informe la Psicóloga del Centro y también lo es que ha satisfecho parcialmente las responsabilidades civiles. Ahora bien, este abono ha sido por ahora muy lejano a las cantidades fijadas en las sentencias condenatorias, y muy dilatado en el tiempo con pagos parciales mensuales de 30 euros, por lo que no puede calificarse tampoco de extraordinario. De ahí que por ahora y compartiendo el criterio del Ministerio Fiscal se entienda que no hay garantías de su aptitud para un régimen en semilibertad»⁵²².

En definitiva, el periodo de seguridad no vino a aportar ningún parámetro de valoración adicional, introduciendo la obligación de considerar la duración de la pena como variable fundamental a tener en cuenta en el momento de la clasificación⁵²³. Sin embargo, dificulta enormemente como vamos a ver a continuación, que supuestos específicos puedan continuar recibiendo el trato especial que necesitan y que el sistema de individualización científica en puridad permite⁵²⁴.

2.2 Consecuencias prácticas de su aplicación

Son múltiples los supuestos en que es posible y conveniente que un penado al que se le aplica el periodo de seguridad regrese al medio social en semilibertad antes del cumplimiento de la mitad de la condena. Para estos casos la norma prevé la posibilidad de no aplicar el requisito del periodo de seguridad cuando, en base a un pronóstico favorable de reinserción social, así lo propon-

⁵²² *Jurisprudencia Penitenciaria*, 2014, ob. cit., pp. 137-140.

⁵²³ En palabras de ARANDA CARBONEL, M. J., *REP*, 2006, p. 68, «aparte de que el sistema de individualización científica que preside la ejecución de la pena privativa de libertad, queda paradójicamente relegado con esta reforma a la ejecución de las penas inferiores a cinco años, la finalidad que esta medida perseguía –lograr una lucha más efectiva contra la criminalidad– podía perfectamente obtenerse con la aplicación de la legislación ya existente. Y en cuanto a lograr un mayor control de la discrecionalidad administrativa en la asignación de grado, tampoco va plenamente a conseguirse, al contemplarse que los Juzgados de Vigilancia puedan acordar la aplicación del régimen general».

⁵²⁴ GARCÍA ALBERO, R., «Cumplimiento y ejecución de las penas privativas de libertad. El acceso al tercer grado», en GARCÍA ALBERO, R., TAMARIT SUMALLA, J., 2004, p. 23; TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, p. 277.

ga II. pp. y lo apruebe el JVP. Sin embargo, la solución adoptada por la norma para introducir durante el cumplimiento de la condena, situaciones, hechos y estados del interno de imposible consideración por parte del Juez o Tribunal sentenciador, no satisfacen desde el punto de vista de su aplicación práctica.

En este sentido, para proceder a levantar el periodo de seguridad y a pesar de los esfuerzos realizados por la SG.II.PP para armonizar la forma de proceder al respecto –Instrucciones 9/2003, 2/2004 y 2/2005, principalmente⁵²⁵– es complicado conjugar las voluntades del centro penitenciario que hace la propuesta de tercer grado, el Centro Directivo que la aprueba, y el JVP que ha de decidir previamente sobre el levantamiento⁵²⁶. Además, a nadie se le escapa la reticencia administrativa, lógica por otro lado, a contradecir e inaplicar periodos de seguridad previamente acordados en sede judicial. Reticencia no sólo presente en la propia Administración, sino también en la sede judicial penitenciaria que ha de enfrentarse a la entidad juzgadora. En este punto, es preciso tener en cuenta que la redacción del artículo 36 CP que apunta la participación en este trámite procesal de las «demás partes», se interpreta referida a las víctimas del delito. Además de las dificultades adicionales que ello conlleva a nivel procesal, como por ejemplo su localización, es lógico pensar que su postura será contraria a la decisión del levantamiento⁵²⁷.

Las dificultades apuntadas conducen a que después de gestionar un posible tercer grado, con las expectativas que todo ello provoca en el interno y la ansiedad añadida que genera la demora temporal que el proceso en sí conlleva, puede ocurrir que finalmente no se reciba la aprobación judicial por no considerar que el pronóstico favorable lo sea realmente. Por ello, suele preferirse la aplicación del artículo 100.2 RP, más extendida y de tramitación más sencilla, que permite constituir un régimen de semilibertad muy similar al pleno. A través del principio de flexibilidad se ataja la complejidad procedimental que el levantamiento del periodo de seguridad implica. En la práctica, permite apli-

⁵²⁵ De todas ellas, se encuentra vigente la Instrucción 2/2005, DG. II. PP., sobre las indicaciones para la adecuación del procedimiento de actuación de las Juntas de Tratamiento a las modificaciones normativas introducidas por la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, deroga las anteriores.

⁵²⁶ La situación era aún más compleja con anterioridad a la Instrucción 2/2004, pues la Instrucción 9/2003 exigía que la propuesta de las Juntas de Tratamiento para el levantamiento del periodo de seguridad se remitiera al Centro Directivo para su previa aprobación antes de su envío definitivo a sede judicial. Con ello, se garantizaba el control y la homogeneización de las propuestas penitenciarias, pero a costa de una injerencia en las funciones propias de las Juntas de Tratamiento –la LO 7/2003 se refería a «Instituciones Penitenciarias» y, conforme al artículo 273 RP, la competencia en la elaboración del pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y de la valoración de las circunstancias personales del reo y de la evolución del tratamiento reeducador es de la Junta de Tratamiento–.

⁵²⁷ Advierte de este choque de intereses, RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, p. 157.

car segundos grados asimilados al tercer grado, con una intervención a del JVP autónoma respecto de la autoridad de enjuiciamiento y con efectos de mero control y validación de la decisión que hubiera adoptado el Centro Directivo con carácter ejecutivo⁵²⁸.

Pero si esto sucede con carácter general para el levantamiento del periodo de seguridad, surgen también problemas relativos a la aplicación de este requisito y determinadas formas especiales del tercer grado. Así, en relación con las Unidades Extrapenitenciarias del artículo 182 RP. La prioridad tratamental de las mismas y la especial problemática que abarcan, motiva a parte de la doctrina a reclamar una modificación normativa que declare inaplicable en periodo de seguridad para estos supuestos. Así se podrían abordar más a tiempo las carencias y necesidades que presentan sin tener que pasar por el periplo procedimental antes descrito tendente al levantamiento de dicho requisito de cumplimiento.

En este sentido, De Castro opina que exigir el cumplimiento de periodo de seguridad para el acceso al tercer grado artículo 182 RP desnaturaliza más si cabe el principio de tratamiento individualizado y los fines de reinserción social que propugna la LOGP. De acuerdo con el artículo 67 LOGP, «concluido el tratamiento (...) se emitirá un informe pronóstico final en el que se manifestarán los resultados conseguidos por el tratamiento (...)». Por tanto, para los casos en que el acceso al tercer grado se produce para la realización de un tratamiento, no tiene sentido emitir el pronóstico que exige ese levantamiento del periodo de seguridad. Éste tendrá sólo sentido una vez concluido el tratamiento, pero no *a priori*, pues ello quebrantaría los principios de individualización científica en materia penitenciaria⁵²⁹. Como señala Aranda Carbonel, M. J., «la solución estriba en la aplicación por el JVP del régimen general de cumplimiento, por entender que la consecución de un pronóstico favorable de reinserción social en el interno sólo puede conseguirse si el interno supera su problemática de drogodependencia»⁵³⁰.

⁵²⁸ GARCÍA ALBERO, R., «Cumplimiento y ejecución de las penas privativas de libertad. El acceso al tercer grado», en GARCÍA ALBERO, R., TAMARIT SUMALLA, J., 2004, p. 40; SOLAR CALVO, P., «Consecuencias de la LO 7/2003 en el ámbito penitenciario», *Diario La Ley*, n.º 7238, Sección Doctrina, 10.09.09, p. 5; FUENTES OSORIO, J. L., «Sistema de clasificación penitenciaria y el período de seguridad del artículo 36.2 CP», *Indret*, n.º 1, 2011, p. 16; FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *Estudios penales y criminológicos*, 2015, p. 174.

⁵²⁹ DE CASTRO ANTONIO, J. L., «El período de seguridad», en VV. AA., *XIII Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria*, CGPJ, Madrid, 2004, p. 5.

⁵³⁰ ARANDA CARBONEL, M. J., *REP*, 2006, pp. 67-68. En la misma línea, LEGANÉS GÓMEZ, S., 2005, p. 153.

Menos problemático que el anterior, es el supuesto de los enfermos terminales del artículo 104.4 RP⁵³¹, respecto de los que, mediando informe médico que constate su estado de salud, se permite la posibilidad de acceder a la libertad condicional y por tanto al tercer grado sin necesidad de que se cumplan cualesquiera otras de las variables intervinientes en la clasificación, incluso los requisitos introducidos en la LO 7/2003⁵³². Esta ausencia de requisitos tiene su explicación en la naturaleza del tercer grado que analizamos y la libertad condicional a la que da lugar, pues se trata de una flexibilidad menos tratable y más humanitaria. Ello porque no se trata como en el resto de supuestos de un tercer grado autónomo con vida útil previa a la concesión de la libertad condicional, ni de una libertad condicional que suponga la consolidación de factores adaptativos. En estos casos, el tercer grado y la libertad condicional se conceden casi al tiempo y pierden su carácter de periodos sucesivos de cumplimiento en los que valorar de manera paulatina la adaptación del interno al disfrute de mayores cotas de libertad. Se trata de concesiones fundamentadas únicamente en relación a la situación médica del éste y a su baja capacidad delictiva. Como decimos, en estos casos, las razones tratamentales se difuminan a favor de meras razones humanitarias.

Finalmente, hay dos aspectos técnicos adicionales que han dado lugar a dudas en cuanto a la aplicación del periodo de seguridad.

En primer lugar, los casos de internos condenados a diversas penas inferiores a cinco años cada una, pero superiores a dicha cifra tomadas en su conjunto. La SG.II.PP siguió en un principio el criterio más gravoso, tomando como referencia la suma de todas las penas impuestas. Se consideraba que el legislador había tomado como punto de referencia la cuantía de cinco años, con independencia de que se tratase de una o varias penas refundidas⁵³³. Sin

⁵³¹ «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». Precepto que se corresponde con el artículo 36.3 CP.

⁵³² Así lo recogen las diferentes instrucciones que han abordado la materia. En concreto, la Instrucción 2/2005, DG.II.PP., ob. cit., p. 2: «Debe entenderse que las propuestas y resoluciones de tercer grado formuladas sobre la base de las previsiones del artículo 104.4 del RP no resultan afectadas por el periodo de seguridad». En idéntico sentido, GARCÍA ALBERO, R., «Cumplimiento y ejecución de las penas privativas de libertad. El acceso al tercer grado», en GARCÍA ALBERO, R., TAMARIT SUMALLA, J., 2004, pp. 62-63; CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 214; RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, p. 153. Más en profundidad sobre la figura, ALONSO DE ESCAMILLA, A., «Jurisprudencia aplicada a la práctica: clasificación de interno en tercer grado de cumplimiento por razones humanitarias (comentario al Auto de 19.04.04 del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria)», *La Ley Penal*, n.º 8, 2004, pp. 107-111.

⁵³³ Así, las Instrucciones 9/03 y 2/04 disponían que: «En los supuestos en los que el penado cumpla una pena de más de cinco 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».

embargo, los JJVP mantenían otro criterio, manifestado en diversas resoluciones judiciales y recogido como criterio mayoritario en su reunión de 2004⁵³⁴. En idéntico sentido, la Circular 1/04 de la Secretaría de Serveis Penitenciaris, Rehabilitació i Justícia Juvenil de fecha 8 de junio, en su apartado 5, se alineaba con la interpretación judicial. Por todo ello, la Instrucción 2/2005 introdujo la corrección que la mayoría de los JJVP reclamaban⁵³⁵.

No obstante, doctrinalmente la discusión se mantiene. Téllez Aguilera defiende que una interpretación teleológica del 36.2 CP impide llegar a la ilógica deducción que una pena de 5 años y un día sí tiene período de seguridad, mientras que una pena de 15 años por refundición de 3 de 5 o de varias impuestas por delitos conexos de las cuales la mayor es una de cinco, no le es aplicable dicho período. Según este autor, 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. De acuerdo con este autor, Aranda Carbonel, quien a esta interpretación teleológica del artículo 36.2 del CP, añade el principio de unidad de ejecución de las penas del artículo 193.2 RP⁵³⁶.

En contra, en la línea jurisprudencial y administrativa que se ha acabado imponiendo, García Albero se remite justamente a ese artículo 193.2 RP, que interpretado en sentido estricto confirma la independencia de las penas impuestas aunque se haya realizado la refundición o suma de las mismas⁵³⁷. Interpretación que creemos más acorde con el principio de legalidad, pues el artículo 36 CP habla de «pena», en sentido individual, proporcional al injusto cometido y resultado de la reacción estatal al mismo. Como apunta Cervelló Donderis:

«En otros casos como el artículo 80 CP que regula la suspensión de la ejecución el CP utiliza la expresión «pena o suma de las impuestas», además el RP

⁵³⁴ Como ejemplos, el AAP de Madrid, Secc. 5.ª, ratificando los Autos de 07.01.04 y 03.02.04 del JVP n.º 3 de Madrid, y AAP de Barcelona de 19.05.04, donde argumentan que las penas se han de considerar por separado y no la condena global como un todo.

⁵³⁵ En concreto, Instrucción 2/2005, DG.II.PP., ob. cit., p. 2: «Para la aplicación del periodo de seguridad, establecido en el artículo 36.2 CP, 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 que sumadas aritméticamente o refundidas excedan de los cinco años, pero que individualmente consideradas no excedan de este límite, no le será de aplicación el periodo de seguridad». Exponen la evolución, CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 208-209; RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, pp. 155-156.

⁵³⁶ TÉLLEZ AGUILERA, A., *La Ley*, 2003, p. 1644; ARANDA CARBONEL, M. J., *REP*, 2006, p. 66.

⁵³⁷ GARCÍA ALBERO, R., «Cumplimiento y ejecución de las penas privativas de libertad. El acceso al tercer grado», en GARCÍA ALBERO, R., TAMARIT SUMALLA, J., 2004, p. 58; Igualmente, LEGANÉS GÓMEZ, S., 2005, pp. 118-119.

en su artículo 193.2 sólo menciona la unidad de ejecución a efectos de libertad condicional, y finalmente el sentido del requisito parece ser endurecer las condiciones penitenciarias de los delitos más graves no de la suma de los menos graves»⁵³⁸.

A su vez, también es partidario de esta opción Mapelli Caffarena, que refiere que:

«No hay razón que justifique que deban sumarse a estos efectos la totalidad de las penas impuestas. Semejante decisión iría en contra de los intereses del condenado y no ha sido prevista por el legislador, de manera que el periodo de seguridad debe aplicarse individualmente a cada unidad de la pena»⁵³⁹.

En segundo lugar, está en el aire la cuestión de qué sucede con aquellos penados clasificados en tercer grado que reciben nueva condena superior a cinco años por hechos anteriores al inicio de cumplimiento de condena. En este punto, nos sumamos a aquella parte de la doctrina que considera que, dados los efectos negativos que puede tener el reingreso en prisión por regresión de grado, en caso de continuar el pronóstico favorable que motivó el tercer grado ha de darse traslado al JVP del expediente para que decida previamente y con carácter urgente sobre el posible levantamiento del periodo de seguridad⁵⁴⁰.

En definitiva y como vemos, tanto desde el punto de vista de su contenido, como desde el punto de vista más procedimental y técnico, el requisito del periodo de seguridad plantea problemas de actualidad jurídica aún no resueltos y de gran relevancia. Desde el punto de vista de su contenido, por la rigidez que incorpora a un sistema penitenciario por definición flexible y que supone un regreso a fases anteriores en la evolución del mismo. Desde el punto de vista de su aplicación práctica, los problemas que se plantean y respecto de los que no hay uniformidad establecida, vienen de la mano de su devenir procedimental además de por la interpretación y diferente resolución de algunos de los aspectos antes destacados.

3. EL ABONO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

La segunda novedad introducida por la LO 7/2003 se contempla en el apartado 5 del artículo 72 LOGP que exige que en las clasificaciones en tercer

⁵³⁸ CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 208. De la misma opinión, RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, p. 156.

⁵³⁹ MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, p. 107.

⁵⁴⁰ RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, pp. 158-159.

grado, sean éstas iniciales o se trate de progresiones, el penado satisfaga las responsabilidades civiles. En concreto:

«La clasificación o progresión a 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 hubiera 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».

Como para el caso del periodo de seguridad, exigir el abono de la responsabilidad civil en el momento del acceso al régimen abierto se presta a consideración crítica que cuestiona su introducción en la norma. A la vez, son varias las precisiones que se han de abordar para comprender el limitado alcance de su significado en cuanto a reparación efectiva de la víctima.

3.1 Responsabilidad civil y tercer grado

La Exposición de Motivos de la LO 7/2003 señala que el nuevo requisito viene a introducir mayor certeza en el pronóstico favorable de reinserción de los internos que acceden a tercer grado. La voluntad por parte del interno de abonar las responsabilidades pecuniarias correspondientes a la víctima puede tomarse como índice positivo de evolución tratamental⁵⁴¹. Por ello, a diferen-

⁵⁴¹ Así lo reconoce LÓPEZ CERRADA, V. M., «La responsabilidad civil en la LO 7/2003 y su incidencia en el tratamiento penitenciario», *REP*, n.º 252, 2006, p. 114, que refiere cómo el abono de la responsabilidad civil forma parte de los objetivos que marca el artículo 59 LOGP: «El tratamiento pretende hacer

cia del periodo de seguridad que aparece totalmente desligado de nuestro sistema de ejecución, el requisito del abono de la responsabilidad civil encuentra cierto sentido dentro de su estructura. Sin embargo, y si bien puede ser cierta esa vinculación entre abono de responsabilidad civil y mejora de tratamiento, la norma no acierta convirtiendo dicho abono en requisito para el acceso al tercer grado⁵⁴².

Vincular el abono de la responsabilidad civil a las posibilidades de un tercer grado otorga un carácter mercantilista a esta institución bastante ajeno a su naturaleza. Si en general criticábamos que el sistema favorece cambios impostados en prisión en pos de salidas y márgenes de libertad, con este requisito todo ello se hace más sencillo, pues aportar una cantidad de dinero bastará para valorar que ese cambio se ha producido. Y es que el abono de la responsabilidad civil no tiene porqué ser más que eso en muchas ocasiones, pudiendo perfectamente realizarse con carácter manipulativo para procurar un acceso al tercer grado.

A su vez, tampoco acierta la norma porque es justamente tras el acceso al tercer grado cuando el interno suele estar en mejores condiciones de hacer frente a las responsabilidades patrimoniales derivadas del delito. Esto por la mayor posibilidad de incorporación al mercado laboral que el régimen abierto conlleva.

3.2 Alcance práctico del abono de la responsabilidad civil

Más allá de lo anterior, la redacción del apartado 5 del artículo 72 LOGP no está exenta de problemas⁵⁴³. En primer lugar, tal y como expuso el CGPJ en

del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley Penal (...) 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».

⁵⁴² A raíz del estudio de este requisito, LÓPEZ CERRADA, V. M., *REP*, 2006, pp. 86-91, ofrece un interesante análisis de la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil y su regulación en Derecho Comparado, incluyendo un resumen de los hitos normativos en lo que la reparación del daño tiene relevancia penal. Igualmente, profundizan en la institución, FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., «La satisfacción de la responsabilidad civil y su incidencia en el ámbito penitenciario», *Revista Poder Judicial*, n.º 74, 2004, pp. 47-64; TAMARIT SUMALLA, J. A., «La introducción de la justicia reparadora en la ejecución penal: ¿una respuesta al rearme punitivo?», *RGDP*, n.º 1, 2004, pp. 1-30. Desde una perspectiva más general, ROIG TORRES, M., *La reparación del daño causado por el delito (Aspectos civiles y penales)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; QUINTERO OLIVARES, G., CABANILLAS MÚGICA, S., DE LLERA SUÁREZ-BARCENA, E., *La responsabilidad civil «ex delicto»*, Aranzadi, Navarra, 2002; ROXÍN, C., «Pena y Reparación», *ADPCP*, t. 52, 1999, pp. 5-16; ALASTUEY DOBÓN, C., «Consecuencias jurídicas no penales derivadas de la comisión del delito (II): la responsabilidad civil derivada del delito», en GRACIA MARTÍN, L., 2016, pp. 238-245.

⁵⁴³ Además de los problemas específicos que pasamos a abordar, se reproducen los que antes referimos respecto del periodo de seguridad y su aplicación a determinados supuestos especiales de tercer grado

su Informe al Anteproyecto de la Ley, no puede tratarse de un requisito que se aplique en sentido estricto, pues supondría hacer depender márgenes de libertad personal de una contingencia económica. En concreto:

«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 del Código penal⁵⁴⁴, 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»⁵⁴⁵.

La Instrucción 2/2005 de la SG.II.PP asume esta interpretación y exige bien el abono de la responsabilidad civil para el acceso a tercer grado, bien el compromiso de abono futuro en función de la mejora de las condiciones económicas del implicado⁵⁴⁶. De manera que dicho requisito se valora de manera flexible, y la mayor o menor exigencia al respecto dependerá de los esfuerzos realizados por el condenado para el abono, su capacidad económica presente y la previsible futura y especialmente, los daños causados y el enriquecimiento obtenido⁵⁴⁷. Una solución un tanto descafeinada, que rebaja en mucho el objetivo de la norma, pero que trata de enmendar el hecho de que el acceso a mayores cotas de libertad dependa de la situación económica de los internos. Más aún, si se tiene en cuenta el desacierto que supone exigir el abono de la responsabilidad civil en el momento de acceso al tercer grado, esto es, en el momento previo a tener acceso a un trabajo remunerado en condiciones de igualdad

como los enfermos terminales o el supuesto de tercer grado para ingreso en una Unidad Extrapenitenciaria. Como antes y a falta de mayor especificación normativa, para LÓPEZ CERRADA, V. M., *REP*, 2006, p. 110, existen algunas especificidades para estos supuestos. Respecto de los primeros se imponen razones de dignidad. Respecto de los segundos, la necesidad y oportunidad de recibir un tratamiento para solucionar el problema que ha motivado la actividad delictiva junto a la imposibilidad de trabajar durante el tiempo que dure el programa y con ello, normalmente, la obtención de ingresos.

⁵⁴⁴ En el nuevo régimen de suspensión de condena tras la LO 1/2015, el abono de las responsabilidades civiles adquiere mayor relevancia. Tanto, que no proceder a su abono teniendo capacidad económica para ello, se convierte en motivo de revocación –art. 86.1, d) CP–. Pero tanto en este caso, como para la valoración de dicho abono en tanto que requisito para proceder a la suspensión, se tiene en cuenta la capacidad económica del condenado –art. 80.2 3.ª CP–.

⁵⁴⁵ Informe del CGPJ al Anteproyecto de LO 7/2003, ob. cit., p. 47. Así lo expone, RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, pp. 160-165.

⁵⁴⁶ Instrucción 2/2005, DG.II.PP., ob. cit., pp. 3-4.

⁵⁴⁷ FERNÁNDEZ BERMEJO, D., MEDINA DÍAZ, O., *Revista Criminalidad*, 2016, p. 105.

con el resto de ciudadanos, y de manera generalizada a quienes por definición se encuentran en una situación patrimonial normalmente desfavorable.

En segundo lugar, el texto legal resulta poco preciso en relación con los delitos de *cuello blanco*⁵⁴⁸. Justamente, aquellos respecto de los que la exigencia del requisito de abono de la responsabilidad civil pudiera estar más justificada. Así, no especifica a qué se refiere la aplicación singular del mismo. Se intuye una cierta intención de severidad y control en la redacción de la norma, pero al no explicar el cómo, se rebaja *ab initio* la efectividad que pudiera obtenerse de ello. En su valoración, la mayor parte de los JJVP y la doctrina coinciden en entender que a través de este párrafo no se introduce una cualificación específica del requisito de abono de la responsabilidad civil⁵⁴⁹. Sin embargo, ello no obsta para la confusión que la norma provoca, estableciendo una diferenciación que parece no tiene efectos objetivos concretos, sino meramente valorativos, dentro del margen discrecional y amplio que su redacción en conjunto permite⁵⁵⁰.

Finalmente, respecto la forma de abono, tampoco se establece nada en relación al modo de proceder al respecto. Tratando de llenar los vacíos de la norma, se sigue la doctrina establecida por el TS, que al interpretar el concepto de «reparación del daño» en referencia a la atenuante del artículo 21.5 CP lo hace de manera extensiva, aceptando como tal reparaciones simbólicas, como muestras del propósito de reparar el daño, o reparaciones parciales⁵⁵¹. En la práctica esto se traduce en que el requisito del apartado 5 artículo 72

⁵⁴⁸ El término proviene del inglés *White-Collar Crime*, acuñado por Sutherland en 1933 para definir los delitos patrimoniales cometidos por personas pertenecientes a clases sociales altas y caracterizados por el empleo de medios ciertamente sofisticados en su comisión. Para mayor estudio, SUTHERLAND, E. H., *White Collar Crime*, Dryden Press, New York, 1949.

⁵⁴⁹ CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 210-211 para quien la norma establece un sólo régimen valorativo; GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., «La satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito como requisito para acceder al tercer grado y obtener la libertad condicional», en VV. AA., *XIII Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria*, 2004, p. 11; LEGANÉS GÓMEZ, S., 2005, p. 134. TAMARIT SUMALLA, J. M., «La introducción de la reparación del daño en la ejecución», en GARCÍA ALBERO, R., TAMARIT SUMALLA, J. M., 2004, pp. 123-124, advierte de la dificultad interpretativa del texto, proponiendo que, de exigirse un efectivo abono, habrá de vigilar que no se produzca un «efecto irradiante» sobre los restantes delitos no incluidos en el listado.

⁵⁵⁰ Esta amplitud valorativa que el artículo 72.5 LOGP permite tanto para los casos generales como aquellos más «singulares» ha sido duramente criticado. ARANDA CARBONEL, M. J., *REP*, 2006, pp. 70-74, quien refiere la multitud de problemas interpretativos a que la casuística penitenciaria da lugar y que la norma no resuelve, la dificultad valorativa que su amplitud produce y la disparidad de criterios que se aplican en la práctica. Por su parte, LÓPEZ CERRADA, V. M., *REP*, 2006, trata de aportar una mayor determinación de los criterios valorativos generales (pp. 100-101) y los propios de los supuestos que el artículo 72.5 LOGP califica de singulares (pp. 106-109). Además, realiza un profundo análisis de conceptos relacionados con la exigencia de la responsabilidad civil –intereses, bienes embargables, transmisión de la responsabilidad– que sin lugar a dudas ayudan en su aplicación (pp. 102-106).

⁵⁵¹ Entre otras, SSTS de 04.02.2000, 12.02.2000, 05.09.2001.

LOGP se suele tramitar a través de pagos parciales gestionados en el propio centro penitenciario. No obstante, esta situación no está exenta de problemática práctica. Dado el vacío normativo, queda en manos de los órganos sentenciadores la aceptación o no de los pagos parciales. De manera que son frecuentes los casos en que internos con baja capacidad económica intentan realizar pagos parciales que son reiteradamente rechazados por su escasa significación sobre el montante total de la responsabilidad civil impuesta⁵⁵².

3.3 Buscando el lugar de la víctima

A pesar de las objeciones expuestas, diversos autores aplauden la introducción de este requisito en la dinámica de cumplimiento, pues supone una atención a la situación de las víctimas, a la par que implica un cambio en la actitud del interno respecto de las mismas⁵⁵³. Sin embargo, creemos más acertada la postura de Tamarit Sumalla que refiere que si bien con este requisito se trata de evitar el olvido a las víctimas, la fórmula legal adoptada resulta técnicamente defectuosa. Además, su carácter reparador es mínimo comparado con prácticas de mayor interés que se vienen realizando en el derecho comparado⁵⁵⁴. Tal y como se recoge en la norma, el abono de la responsabilidad civil no sirve a los efectos reparadores que se propone.

⁵⁵² AP Oviedo, Sección 8.ª, en su Ejecutoria 15/2014, rechazando hasta el cuatro ocasiones los intentos de pagos realizados por un condenado, exigiendo cuantías de, al menos, 500 euros. Al respecto, SOLAR CALVO, P., «La responsabilidad civil como requisito de acceso al tercer grado: más sombras que luces», *Legal Today*, 06.09.17.

⁵⁵³ Exige la paulatina introducción en nuestra normativa de aspectos de Justicia Restaurativa, BERISTÁIN IPIÑA, A. «Justicia restaurativa», *El País*, 12.01.03, p. 13. Felicitándose de la introducción del requisito por lo que su abono exige respecto de la evolución tratamental de los internos, BUENO ARÚS, F., Entrevista *Revista ATIP*, n.º 1, 2004, pp. 5-6. De la misma opinión, 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*, n.º 9, 2004, pp. 3 y ss., señala que: «es sin duda un acierto que la nueva ley requiera expresamente que se haya satisfecho la responsabilidad civil para que el condenado pueda ser clasificado en tercer grado o en libertad condicional». En el mismo sentido, FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., *Revista Poder Judicial*, 2004, p. 47, refiere: «El dato de que el legislador haya recordado que tan importante es el cumplimiento de la pena como el abono de las responsabilidades civiles constituyen sin duda un paso importante en la necesaria protección de la víctima». También se muestra partidario del nuevo requisito, LÓPEZ CERRADA, V. M., *REP*, 2006, p. 117.

⁵⁵⁴ En efecto, TAMARIT SUMALLA, J. M., «La introducción de la reparación del daño en la ejecución», en GARCÍA ALBERO, R., TAMARIT SUMALLA, J. M., 2004, pp. 114-115, señala que la LO 7/2003 supone un cambio trascendental en la introducción de los contenidos reparatorios en la ejecución penal, respondiendo a la evolución de las tendencias favorables a la justicia reparadora, que tiene entre sus manifestaciones el impulso de la mediación y otras formas de participación de la víctima y de la comunidad en las distintas fases del sistema penal, además de la reparación del daño. Sin embargo, en pp. 121 y ss., se queja de la senda escogida por el Legislador para ello. En un sentido muy similar, TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, pp. 281-286. Igualmente, TAMARIT SUMALLA, J. M., «¿Hasta qué punto

Como hemos visto, la efectividad real de la exigencia de abono de la responsabilidad civil es muy escasa dada la interpretación que se ha realizado del texto legal. De un lado, el acceso a mayores cotas de libertad no se puede hacer depender únicamente de su abono o no, debiendo considerarse la situación económica del condenado. De otro, partimos de una población con una capacidad económica habitualmente mermada derivada de la propia situación de encierro. En la práctica, ello deriva en que basta la realización de pagos simbólicos o el mero compromiso de abono para el acceso al tercer grado⁵⁵⁵.

Por su parte, en cuanto a la Administración Penitenciaria, más allá de la amenaza de no concesión del tercer grado, posee una capacidad de actuación bastante limitada. Es más, los medios con que cuenta para conocer la verdadera situación económica de los internos son limitados y en la mayoría de las ocasiones meramente referenciales, pues dependen de lo que el propio interesado o sus familiares quieran aclarar al respecto⁵⁵⁶. A la vez, la exigencia de la responsabilidad civil a través los centros penitenciarios da lugar a una duplicidad administrativa, penitenciaria y judicial, de muy escasa eficacia. Parece que se tratase de garantizar el abono de la responsabilidad civil, exigiendo el mismo desde todos los ámbitos posibles, pero sin poner los medios para su verdadera determinación y ejecución.

La actividad burocrática que con todo ello se genera acaba provocando un resultado caótico e ineficaz que deriva valoraciones arbitrarias y materialmente injustas para los internos. Teniendo en cuenta la problemática que también existe en vía judicial para conocer la verdadera situación patrimonial de

cabe pensar victimológicamente el sistema penal?», en TAMARIT SUMALLA, J. M. (Coord.), *Estudios de Victimología. Actas del I Congreso Español de Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 42 y 43, y «La justicia reparadora: ¿una justicia para la víctima?», en BACA BALDOMERO, E., ECHEBURUA ODRIOZOLA, E., TAMARIT SUMALLA, J. M., (Coords.), *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 456 y ss., donde critica al legislador por la visión reduccionista que muestra de la reparación, identificándola meramente con la responsabilidad civil derivada del delito. Critica también la introducción de este requisito vinculado al tercer grado, TORRECILLA COLLADA, M. P., «Balance de la Ley Orgánica General Penitenciaria tras treinta años de vigencia. Necesidad de abordar algunas reformas», *Diario La Ley*, n.º 7250, Sección Doctrina, 28.09.09.

⁵⁵⁵ LÓPEZ CERRADA, V. M., *REP*, 2006, p. 111, aborda su exigencia durante la libertad condicional, lo que a nuestro juicio es más oportuno al aplicarse en un momento penitenciario más adecuado.

⁵⁵⁶ Tal y como establece el artículo 989.2 LECrim., modificado con ocasión de la LO 7/2003, es el Secretario Judicial el que puede «encomendar a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria o, en su caso, a los organismos tributarios de las haciendas forales las actuaciones de investigación patrimonial necesarias para poner de manifiesto las rentas y el patrimonio presente y los que vaya adquiriendo el condenado hasta tanto no se haya satisfecho la responsabilidad civil determinada en sentencia». Por tanto, como apunta LEGANÉS GÓMEZ, S., 2005, p. 135: «¿cómo puede hacerlo la Junta de Tratamiento si no puede acudir a solicitar datos fiscales?». Opinión a la que se adhiere FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *Estudios penales y criminológicos*, 2015, p. 165.

los condenados⁵⁵⁷, y como mero ejemplo de lo que apuntamos, no es extraño encontrar sobre un mismo interno declaraciones de solvencia e insolvencia en sentencias próximas en el tiempo⁵⁵⁸. En estos casos, la norma no sólo no obliga a corregir la valoración realizada, sino que traslada sus efectos a la A.P., que se ve obligada a realizar una valoración sobre datos contradictorios cuando no incorrectos⁵⁵⁹.

Por todo ello, López Cerrada reclama que:

«Se debería normalizar, unificar y simplificar, las intervenciones e información sobre la responsabilidad civil, tanto a nivel institucional: Tribunales y Juzgados sentenciadores y los Centros Penitenciarios, como con el propio penado. Evitando con ello una burocratización innecesaria y mejorando la efectividad y eficacia. En este sentido, los Jueces y Tribunales sentenciadores deberían remitir, de oficio, junto con la correspondiente liquidación de condena, el pertinente informe de responsabilidad civil, con inclusión de los datos necesarios, como el número de cuenta de consignación, para hacerla efectiva»⁵⁶⁰.

⁵⁵⁷ Al respecto, es interesante tener en mente las críticas vertidas sobre la eficacia judicial para determinar la capacidad económica de los condenados y exigir el abono de la responsabilidad civil. Así, GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, 3.ª ed., Cóllex, 1999, p. 843, señala, que: «La ejecución de la responsabilidad patrimonial declarada en el proceso penal presenta tintes poco menos que dramáticos: los autos de insolvencia del condenado se dictan en la mayoría de los casos sin ninguna diligencia de investigación de su patrimonio (incluso aunque resulten en ocasiones referenciados en los autos bienes de su propiedad) y el acreedor, público o privado, ve burlado su derecho de crédito; es preciso exigir de los órganos jurisdiccionales y del MF una mínima diligencia en la fase de ejecución porque el proceso penal sólo finaliza cuando se restaura el orden jurídico perturbado, que no se agota en la sentencia de condena, sino que muy específicamente incide en la ejecución de lo juzgado». En el mismo sentido QUINTERO OLIVARES, G., CABANILLAS MÚGICA, S., DE LLERA SUÁREZ-BARCENA, E., 2002, p. 35, donde se afirma que: «El problema, como en los casos anteriores, es el de la inexorable burocratización que rodea a la declaración de insolvencia, que a su vez será fruto de comprobaciones formales y documentales. Por lo tanto de nada sirve que el en su día condenado lleve una vida cómoda y desahogada, o incluso, de lujo y ostentación si formalmente continúa siendo insolvente porque la capacidad de excusión sobre sus bienes no ha sido suficiente para levantar los velos y testaferrías que los ocultan». Por su parte, PALACIO SÁNCHEZ-IZQUIERDO, J. R., «Nueva delincuencia: aspectos problemáticos de la gran reforma penal», *CDJ*, n.º 22, 1993, p. 24, apunta que: «Si el delincuente es insolvente real o aparente, y en la mayoría de los casos lo es, la víctima no resulta indemnizada, mal agravado por el escaso interés frecuentemente demostrado por los órganos judiciales para averiguar la solvencia económica efectiva del culpable». Finalmente, PRIETO RODRÍGUEZ, J. I., *Aproximación al Código Penal de 1995*, Colegio de Abogados de Tarragona, 1999, p. 88, que apunta: «El Capítulo IV (del Título V, del Libro I del CP) constituye reflejo de la preocupación legislativa en orden a lograr la efectividad de los pronunciamientos sobre responsabilidad civil, convertidos frecuentemente, ante la falta de rigurosidad en las declaraciones judiciales de insolvencia, en ilusorias».

⁵⁵⁸ Relativo a un mismo penado, mientras que la Ejecutoria 281/2015 JP 5 de Santander, sentencia de 21.11.14, lo declara insolvente, la Ejecutoria 466/2015 JP Santander 4, en sentencia anterior de 01.08.13, mantiene lo contrario.

⁵⁵⁹ SOLAR CALVO, P., «La responsabilidad civil como requisito de acceso al tercer grado (...)», *Legal Today*, 2017.

⁵⁶⁰ LÓPEZ CERRADA, V. M., *REP*, 2006, p. 114.

La situación es tan caótica y el conocimiento real sobre los ingresos de los internos tan escaso, que en ocasiones y como refiere Cervelló Donderis, el requisito «puede chocar con el principio de igualdad en relación a la reinserción social si perjudica a quienes carecen de recursos económicos»⁵⁶¹.

Más preocupante aún es que, al margen de su ineficacia, el precepto consolida lo que ya sucedía en relación al levantamiento del periodo de seguridad. El legislador, queriendo dar una imagen de dureza y rigor en la respuesta penal, protege a la víctima convirtiendo la ejecución de la condena en una carrera de obstáculos para el infractor. Encontrar el lugar adecuado de la víctima exige un planteamiento más creativo y de calado más profundo, que necesariamente, ha de ir más allá de prolongar el carácter vindicativo del proceso penal en la ejecución penitenciaria. Así, si lo que verdaderamente se pretendía con este nuevo requisito era que la reparación del daño tuviese un peso específico en la valoración de la evolución tratamental de los internos, hubiera bastado con su inclusión como variable a considerar entre las previstas en el artículo 102.2 RP. Desvincular la responsabilidad civil del acceso al tercer grado reconciliaría esta institución con su naturaleza en tanto que consecuencia del delito. Con ello, se evitarían los pagos meramente utilitaristas a los que la ha reducido su configuración como requisito de acceso al tercer grado. A la vez, el mensaje que con ello se enviaría a los internos sería totalmente distinto pero mucho más adecuado que el actual a efectos resocializadores y tratamentales reales. Esto es, la responsabilidad civil ha de abonarse en sede judicial en tanto consecuencia del acto realizado y no por la expectativa utilitarista de mejora que a través de dicho abono puede obtenerse. Medida a nuestro juicio, bastante más adecuada, pero sin duda, mucho menos vistosa que el planteamiento que la reforma escenificó de cara a la opinión pública.

Muy significativo en este sentido que indicamos, el AJVP de Huelva de 21.01.14, al desestimar recurso contra resolución de mantenimiento en segundo grado de tratamiento en los siguientes términos:

«(..) en el presente supuesto, no puede decirse que la interna haya observado tal conducta, en cuanto que pese a desempeñar continuamente destino retribuido en el Centro Penitenciario, (taller de lavandería desde el 16-04-2009), habiendo tenido unos ingresos económicos elevados (más de 12.000 euros) tan solo ha destinado a la reparación de las víctimas del grave delito cometido 200 euros, por lo que su actitud frente a los perjudicados no puede considerarse como, “comprometida”, siendo además sus pagos mínimas cuotas de 30 euros, considerándose por ello su conducta más un intento de justificación del cumplimiento del

⁵⁶¹ CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 211-212.

requisito mencionado, con la clara intención finalista de obtener el tercer grado que una verdadera conducta de la interna destinada a la reparación de las víctimas, como parte de la asunción de su responsabilidad delictiva por los graves hechos por los que se encuentra condenada (homicidio)»⁵⁶².

4. PERDÓN EXPRESO, REPUDIO Y COLABORACIÓN ACTIVA

Por último, el apartado 6 artículo 72 LOGP también resulta modificado por la LO 7/2003 para referirse específicamente a los miembros de bandas terroristas o grupos organizados que pretendan acceder al tercer grado. En concreto:

«Del mismo modo, 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 XXII del libro II del Código Penal o cometidos en el seno de organizaciones criminales, requerirá, además de los requisitos previstos en el Código Penal y la satisfacción de la responsabilidad civil con sus rentas y patrimonios 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 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».

Su origen, según la Exposición de Motivos de la Ley, se encuentra en la Decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002, sobre lucha contra el terrorismo. Como vemos, exige para el acceso al tercer grado, una desvinculación total de las organizaciones a las que perteneciesen y la colaboración activa con las autoridades para su persecución de sus miembros o la frustración de sus fines, acreditándose tales factores mediante una manifestación de repudio y petición expresa de perdón a las víctimas y los informes técnicos necesarios

⁵⁶² En sentido similar, el AJVP n.º 3 de Madrid de 19.01.18, *Diario La Ley*, n.º 9130, Sección Reseña de Sentencias, 01.02.18.

a tal efecto. Como no podía ser de otro modo, el tercero de los requisitos que añade la LO 7/2003 también merece ser comentado con detenimiento.

En primer lugar, el elemento de la norma referente a la exigencia de la desvinculación resulta un tanto superfluo. Su relación a la evolución tratamental del interno es mayor incluso que la que también concurriría en el requisito de abono de la responsabilidad civil. Dentro del pronóstico favorable de reinserción que ha de darse en todos los casos de acceso a tercer grado, se incluye como presupuesto lógico el de haberse apartado el interno de los grupos y medios a través de los que se desarrollaba la actividad cuya repetición trata de evitarse. De hecho, así se entiende el inciso del artículo 106.2 RP cuando refiere que «la progresión en el grado de clasificación dependerá de la modificación positiva de aquellos factores directamente relacionados con la actividad delictiva (...)»⁵⁶³.

En cuanto a la colaboración activa con las autoridades para la persecución del crimen, de nuevo se crea un requisito de repercusión mediática pero de dudosa eficacia. Teniendo en cuenta que las penas por estos delitos suelen ser bastante altas, poco sentido tiene exigir la colaboración a quienes en el momento de acceder al tercer grado llevan varios años apartados de las organizaciones que se pretenden cercar. Pero es que además, el requisito así redactado premia a los que más alto nivel hubieran alcanzado en tales organizaciones y por tanto estén mejor informados. Quizá por ello, el propio CGPJ en su Informe al Anteproyecto legal precisa que la valoración de la colaboración ha de ser positiva con independencia de los resultados de la misma a nivel de eficacia policial. Intentado salvar la valoración final sobre la norma:

*«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 objetiva para formular el juicio pronóstico favorable en el caso de autores de delitos de terrorismo, y se refiere, por tanto, a la prevención especial»*⁵⁶⁴.

⁵⁶³ Tal y como expresa RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, p. 168: «¿Era necesario? ¿Podía emitirse un informe pronóstico favorable de reinserción social sin haber abandonado los medios y fines terroristas? Se antoja difícil».

⁵⁶⁴ Informe del CGPJ al Anteproyecto de LO 7/2003, ob. cit., p. 29. Desvinculan la satisfacción del requisito de la eficacia policial lograda, TAMARIT SUMALLA, J. M., «La reforma de la libertad condicional», en GARCÍA ALBERO, R., TAMARIT SUMALLA, J. M., 2004, pp. 107-108; RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, pp. 165 y ss.

Por último, a pesar de que la ley dice inspirarse en la Decisión de junio de 2002 sobre terrorismo, lo cierto es que dicho instrumento jurídico prevé la colaboración entre la detención y la sentencia. Algo similar a lo que ya sucede en nuestro ordenamiento en relación a los delitos contra la Salud Pública⁵⁶⁵. De esa manera, se logra una mayor eficacia desde el punto de vista de la persecución policial, a la vez que se evita trastocar la naturaleza del tercer grado, pues los resultados de la colaboración pueden influir en la condena impuesta pero no en las posibilidades de liberación. Resulta por tanto que la redacción original del requisito parece mucho más acertada⁵⁶⁶. De ahí que, más allá del mensaje mediático y el rédito político que del mismo se pueda obtener, no se entiende el empeño del legislador por incidir en la ejecución de la sentencia, cuando con ello rebaja la eficacia de la medida. De nuevo, se establece un requisito grandilocuente pero poco efectivo⁵⁶⁷.

La escasa aportación del requisito tanto desde el punto de vista de evolución tratamental, como teniendo en cuenta sus potenciales efectos en el ámbito de la investigación policial, no obsta para que el legislador haya considerado justificada su incidencia en el sistema de ejecución. A nuestro juicio, sin embargo, la ubicación del nuevo requisito es errónea, pues profundiza, como sucedía para el abono de la responsabilidad civil, en el fallo estructural más relevante de nuestro sistema de cumplimiento. Así, a fin de conseguir el acceso al tercer grado, se permite la instrumentalización no sólo de las víctimas sino de una posible investigación policial, cuando por definición, la auténtica desvinculación delictiva y colaboración policial han de producirse al margen de los beneficios que pudieran obtenerse. Y a la inversa, se incide y fomenta la utilización del interno, su instrumentalización bajo la premisa de mejorar sus condiciones de cumplimiento⁵⁶⁸.

A su vez, como bien señala Álvarez García, la redacción final del requisito de repudio contempla una equivalencia falsa –el sujeto puede haberse re-

⁵⁶⁵ El artículo 376 CP determinan que: «En los casos previstos en los artículos 361 a 372, los jueces o tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito de que se trate, siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado (...)».

⁵⁶⁶ RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, p. 166.

⁵⁶⁷ TÉLLEZ AGUILERA, A., *La Ley*, 2003, p. 1644, critica duramente el precepto, no sólo por sus errores de naturaleza jurídica, sino por su ceguera desde una perspectiva político criminal coherente e inteligente. En la misma línea, CERVELLÓ DONDERIS, V., *La Ley Penal*, 2004, p. 21; LEGANÉS GÓMEZ, S., 2005, pp. 137-142.

⁵⁶⁸ De la misma opinión, RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, p. 166.

educado, en el sentido de haber aceptado los valores constitucionales, y estar dispuesto a llevar una vida en libertad absolutamente respetuosa con el Ordenamiento Jurídico, sin embargo no quiere denunciar a sus antiguos compañeros en una organización de la que se ha disociado—, y una exigencia, la de la petición de perdón, que excede claramente de las exigencias constitucionales⁵⁶⁹. Por ello, secundamos a Cervelló Donderis cuando refiere que «este requisito resulta desproporcionado (por entrar en aspectos morales), injusto (forzar a una situación de riesgo personal jurídicamente inexigible) e innecesario (el art. 102.5 RP cumple la misma función), siendo preferible que hubiera quedado en términos más objetivos similares a los del artículo 579.3 CP que permite rebajar la pena en los delitos de terrorismo por abandono voluntario de las actividades delictivas y colaboración activa con las autoridades»⁵⁷⁰.

Más allá de lo anterior, con el artículo 75.6 LOPG el legislador inicia lo que el artículo 75.5 apuntaba y no supo precisar. Si en la aplicación singular del abono de la responsabilidad civil para los delitos de *cuello blanco* se intuía un interés por establecer un régimen de exigencia específico, la redacción del apartado 6 del precepto no deja dudas en cuanto a la asunción del *Derecho Penal del enemigo* por parte de nuestra normativa⁵⁷¹.

5. EL INTENTO FRUSTRADO DE CONCILIACIÓN ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO PENITENCIARIO MEDIANTE LA LO 5/2010

El análisis realizado quedaría incompleto sin abordar los cambios que la LO 5/2010 introdujo en las previsiones que la LO 7/2003 había realizado unos años antes. A través de la misma, se dio una nueva versión al artículo 36.2 CP

⁵⁶⁹ ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Cadena perpetua, medidas de seguridad y libertad vigilada», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.), ANTÓN BOIX, J. R. (Coord.), *Informe de la Sección de Derechos Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre los Proyectos de Reforma del Código Penal, Ley de Seguridad Ciudadana y LO del Poder Judicial (Jurisdicción Universal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 39. En esta línea, RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, pp. 167-172, plantea la dificultad de determinar la desvinculación que el requisito exige y las dudas que el mismo suscita.

⁵⁷⁰ CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 213. En términos similares, TÉLLEZ AGUILERA, A., *La Ley*, 2003, p. 1644.

⁵⁷¹ Profundiza en el fenómeno, FARALDO 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 para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas», en FARALDO CABANA, p. (Dir.), BRANDARIZ GARCÍA, J. A., PUENTE ABA, L. M. (Coords.), *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 310 y ss.

que convierte el periodo de seguridad en potestativo, excepto para determinados delitos. En concreto:

«2. La pena de prisión tendrá una duración mínima de tres meses y máxima de 20 años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del presente Código. Su cumplimiento, así como los beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en las leyes y en este Código.

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:

1. Delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código.
2. Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.
3. Delitos del artículo 183.
4. 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 reinsertión 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, salvo en los supuestos contenidos en el párrafo anterior».

El apartado tercero de la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 explica el cambio en los siguientes términos:

«De conformidad con los principios que orientan la reforma, se procede a la modificación del artículo 36. 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, sin que por otra parte ello comporte detrimento alguno en la persecución por el Estado de otros fines legítimos de la misma».

Es de felicitarse que el legislador haya rebajado las exigencias impuestas por esa pretendida seguridad jurídica en el cumplimiento de la pena impuesta, abriendo los márgenes para la adaptación de la norma al caso concreto. Se acercan así los ámbitos penal y penitenciario, al tratar ambos de dar relevancia a la situación concreta del condenado y no a parámetros de cumplimiento de cumplimiento obligado⁵⁷². Sin embargo, a pesar de ello, no podemos olvidar que a las objeciones expuestas anteriormente en contra de la introducción del periodo de seguridad, se añaden otras nuevas.

En primer lugar, sea cual sea la redacción que se dé al mismo, se sigue tratando de una institución ajena a las bases de nuestro sistema y contraria a sus fundamentos más relevantes. Además, aunque se reduzcan el número de internos a los que se les aplique el periodo de seguridad en sentencia, seguirán concurriendo los mismos problemas procedimentales para proceder a su levantamiento.

En segundo lugar, con esta nueva versión, se amplía el grupo de internos a los que bajo ninguna circunstancia será posible clasificar en tercer grado antes del cumplimiento de la mitad de la condena. Si anteriormente la prohibición de levantamiento sólo se refería a los internos pertenecientes a grupos terroristas y organizaciones criminales, ahora incluye a aquellos que hubieran cometido determinados delitos ligados a la indemnidad sexual. Con ello, la norma penal se separa aún más del principio de individualización que preside nuestro sistema de cumplimiento y que trata de adaptar la ejecución de la condena a las necesidades y carencias de los internos, pero también a los progresos que muestren a lo largo del cumplimiento. En la práctica, ello supone que, para el grupo de internos que la norma penal señala, pierde importancia la valoración que en sede penitenciaria se haga de su evolución tratamental a la hora de promover su acceso al tercer grado. Lo relevante será que se haya cumplido la mitad de la condena. Sólo con posterioridad, podrán tratarse otros aspectos del cumplimiento penitenciarmente relevantes.

Pero además de todo ello, la LO 5/2010 escenifica en nuestro ordenamiento una de las consecuencias del *Derecho Penal del enemigo* que la LO 7/2003 había introducido: la expansión del número de enemigos contra los que

⁵⁷² CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 207.

el Derecho Penal ha de actuar con la mayor dureza posible. Vemos además que el camino escogido para ello es un tanto sinuoso. Bajo la aparente benignidad que implica el hacer potestativo en sede judicial la aplicación o no del periodo de seguridad, se amplía el número de condenados a los que en todo caso se les aplica el mismo. Es decir, si conforme a la versión inicial del artículo 36.2 CP, el periodo de seguridad debía aplicarse obligatoriamente, pero podía levantarse en todos los supuestos menos para los delitos de terrorismo y los cometidos en el seno de organizaciones criminales, ahora la aplicación es siempre potestativa, y por ello, siempre posible, a la vez que se aumenta el número de supuestos en los que no se permite el levantamiento.

De este modo, la norma penal ahonda en los motivos para su inconstitucionalidad. Siguiendo a Fuentes Osorio, la regulación actual del periodo de seguridad profundiza en el trato desigual entre internos que presenten las mismas condiciones en estado de evolución personal, pues la propia norma es la que nos dice que durante un tiempo determinado de la condena dicha evolución tratamental no se tendrá en cuenta. Y ello de forma un tanto paradójica. Justamente para aquellos delitos en los que el tratamiento ha de constituir el contenido principal del tiempo de cumplimiento –pensemos en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales–, se transmite al interno la idea de que los progresos que realicen son irrelevantes⁵⁷³.

6. RELEVANCIA PENITENCIARIA DE LOS NUEVOS REQUISITOS PARA EL ACCESO AL TERCER GRADO

El primer párrafo del artículo 36.2 CP, es muy significativo en cuanto a la idea que venimos desarrollando. Cuando, en la relación a la pena de prisión, dice que «su cumplimiento, así como los beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en las leyes y en este Código» parece querer llamar la atención en cuanto a la importancia y legitimidad de las previsiones que el CP establezca en materia de cumplimiento. Y lo mismo respecto del artículo 72.5 LOGP cuando refiere que «La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además (...) los requisitos previstos por el Código Penal». Con ellos, se busca la adaptación del

⁵⁷³ FUENTES OSORIO, J. L., «Periodos de cumplimiento mínimo para el disfrute de beneficios penitenciarios y permisos de salida», en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 130-131.

sistema de ejecución a lo que las modificaciones en materia penal imponen⁵⁷⁴. El problema es que, en el contexto actual, ambos ámbitos responden a fundamentaciones y principios completamente distintos. De ahí que, en tanto no se mantengan las tendencias normativas actuales en materia penal, la aplicación de esta amalgama normativa produce un choque teórico y práctico de importantes consecuencias. A nuestro juicio, las principales son las siguientes.

Bajo el fundamento de lograr una mayor seguridad jurídica y protección ciudadana, atendiendo a la figura de la víctima, se introducen en el sistema de ejecución una serie de elementos ligados al acceso al tercer grado que, en su redacción actual y consideración de requisitos *sine qua non* del mismo, trastocan su naturaleza y la flexibilidad que lo caracteriza. En este sentido, tanto el cumplimiento de la mitad de la condena, como el abono de la responsabilidad civil y el repudio de la actividad delictiva encajan en nuestro sistema de ejecución en tanto que variables del artículo 102.2 RP a considerar en el momento de la clasificación del interno⁵⁷⁵. Sin embargo, el choque frontal con la normativa de ejecución se produce en cuanto esos requisitos se exigen de manera obligatoria para una generalidad de casos con independencia de las circunstancias que concurran de manera concreta. En contra del artículo 62 c) LOGP⁵⁷⁶, nuestro sistema deja de ser individualizado y el tratamiento que se desarrolle con los internos decrece en importancia frente a unos requisitos que han de ser satisfechos en todo caso. En palabras de Cervelló Donderis:

«Con este proceder se producen dos problemas: en primer lugar se adelantan al momento de la sentencia decisiones sobre figuras penitenciarias que deben ser analizadas desde la perspectiva de la ejecución, caracterizada por el análisis individualizado de las circunstancias del interno y no por la objetividad del delito

⁵⁷⁴ Tal y como señala ARRIBAS LÓPEZ, E., «Aproximación a un Derecho Penitenciario del Enemigo», *REP*, n.º 253, 2007, p. 35, «A pesar de la reconocida autonomía del Penitenciario como disciplina jurídica y por su histórica vinculación al Derecho Penal, su independencia de éste en algunos e importantes aspectos relativos a la ejecución de las penas privativas de libertad, al menos a nivel de derecho positivo, ha sido más aparente que real. Este déficit autonómico, a mi modo de ver, se exacerbó con la entrada en vigor de la LO 7/2003 porque, aun habiendo reformado ésta también la LOGP, los cambios más esenciales relativos a la ejecución de las penas privativas de libertad han sido operados por las modificaciones llevadas a cabo en el CP». CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 112, apunta que a pesar del artículo 35 CP que recoge el cumplimiento de las penas privativas de libertad se ajustará a lo dispuesto en las leyes y en el propio CP –lo que debería conducir a una regulación específica de esta nueva pena por la legislación penitenciaria y residual por el CP–, desde el 2003, «los aspectos de mayor importancia de la ejecución vienen recogidos en los artículos 36 y 92 del Código penal, sin que hasta el momento se haya hecho la necesaria adaptación y modificación de la legislación penitenciaria».

⁵⁷⁵ Como hemos visto, así lo reconoce CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 213. en concreto para el requisito de repudio de la actividad delictiva y colaboración con las FCSE.

⁵⁷⁶ Entre los principios del tratamiento, el artículo 62 c) establece que: «Será individualizado, considerando en la variable utilización de métodos médico-biológicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos y sociales, en relación a la personalidad del interno».

o de la pena impuesta, y en segundo lugar, se incluyen reformas penitenciarias en el Código Penal sin reformar la legislación penitenciaria, lo que produce evidentes disfunciones»⁵⁷⁷.

A su vez, de forma un tanto paradójica, pues lo que parece que las sucesivas reformas penales pretenden es mejorar la ejecución penitenciaria, evitando el *vaciado penal* que nuestro sistema permite, los requisitos introducidos inciden en la crítica del sistema de individualización que venimos manteniendo desde el principio. Es decir, no sólo chocan de manera frontal con su naturaleza, sino que refuerzan ese fallo de base que le achacamos. Si en general, la concesión de mayores cotas de libertad corre el peligro de basarse en cambios conductuales del todo aparentes, los requisitos que se introducen no vienen más que a ayudar a estos comportamientos manipulativos de los internos. Para el abono de la responsabilidad civil, ya hemos visto cómo su satisfacción penitenciaria se convierte en un canje mercantilista e interesado que en nada resarce a la víctima. Y la misma lógica se sigue al vincular el repudio de la actividad delictiva, la colaboración policial y la petición de perdón a la víctima con un posible tercer grado. En definitiva, se trata de exigencias que la evolución tratamental implica y que, para suponer cambios conductuales reales, debieran reclamarse al margen y con independencia del acceso al tercer grado.

Finalmente, siguiendo los criterios del *Derecho Penal del enemigo*, estamos asistiendo a la fragmentación de la normativa penal y penitenciaria. Si con la LO 7/2003 los enemigos a los que aplicar normas de cumplimiento especiales eran los delincuentes de «cuello blanco» y, muy especialmente, los terroristas, la LO 5/2010 hace extensivo el calificativo a aquellos que hubieran cometido determinados delitos sexuales. Con ello, la regulación se encuentra cada vez más deslavazada y se aleja progresivamente de lo que el concepto de sistema jurídico en sí mismo supone. Aspectos que me manifiestan no sólo en el establecimiento de requisitos específicos para el acceso al tercer grado o la exclusión de la posibilidad de levantamiento del periodo de seguridad, sino que alcanzan otros institutos jurídicos como el régimen de acumulación de condenas –arts. 76 y 78 CP– con resultados penitenciarios de primer orden que luego analizamos –fundamentalmente, la imposibilidad de acceso a la dinámica de permisos ordinarios–. El resultado es que principios básicos de todo sistema jurídico son de cada vez más difícil cumplimiento. Así, los de proporcionalidad e igualdad, que quedan muy comprometidos en un ordenamiento con regulaciones estancas ajenas a la interacción y en el que los castigos y las

⁵⁷⁷ CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 17.

formas de ejecución vienen impuestas más por la categoría delictiva a la que se pertenece que por el hecho verdaderamente cometido. En la práctica de la ejecución, todo ello se traduce en la imposibilidad de mantener criterios generales de actuación en los que basar la intervención tratamental. Según se trate o no de internos penalmente calificados de «enemigos», la trayectoria de cumplimiento cambia de forma radical⁵⁷⁸.

Como advierte Arribas López, la LO 7/2003 inicia la senda del *Derecho Penitenciario del enemigo*, senda que, a nuestro juicio y como veremos más adelante, la LO 1/2015 profundiza. De modo que, ciertos colectivos de internos considerados enemigos, a pesar de que experimenten la evolución tratamental adecuada para ello, tendrán un acceso muy limitado a la trayectoria de reinserción que la LOGP posibilita. Ello hasta el punto de que para estos supuestos «la finalidad reinsertadora ha pasado a estar tan eclipsada, a jugar un papel tan secundario, que existen dudas más que razonables sobre la adecuación constitucional de la nueva normativa»⁵⁷⁹. En palabras de Mapelli Caffarena, se produce una quiebra de nuestro sistema de ejecución tras la LO 7/2003, pues el inicio de la trayectoria de reinserción se determina «no en función del delincuente, sino del delito, dicho en otras palabras, no en función de criterios preventivo especiales, sino generales»⁵⁸⁰.

⁵⁷⁸ Muy críticos con esta tendencia, LÓPEZ PEREGRÍN, C., «¿Lucha contra la criminalidad mediante al cumplimiento íntegro y efectivo de las penas?», *REIC*, n.º 1, 2003, pp. 1-20; JUANATEY DORADO, C., *La Ley Penal*, 2004, pp. 3 y ss.; FARALDO 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 para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas», en FARALDO CABANA, P., 2004, pp. 310 y ss.

⁵⁷⁹ ARRIBAS LÓPEZ, E., *REP*, 2007, p. 40. Por ello, el autor habla acertadamente de regímenes de cumplimiento con finalidad penal diferente, según el tipo de delincuencia de la que se trate. A continuación del anterior: «Consecuentemente, si, por lo que al derecho positivo respecta, la finalidad de la pena es mudable en función del tipo de delito cometido puede perfectamente inducirse que, después de la incorporación a la legislación penal y penitenciaria de alguna de las reformas operadas por la LO 7/2003, el modelo teórico relativo a los fines asignados a la pena privativa de libertad en nuestro ordenamiento jurídico se ha alterado, ya que de uno invariable –donde esta tenía los mismos fines, independientemente de los años de condena impuestos y del delito cometido– se ha pasado a otro versátil –donde los fines que preponderantemente le van a ser atribuidos van a estar en función de diferentes factores, tales como los años de condena impuesta, el tipo de delito cometido y la evolución del interno–».

⁵⁸⁰ MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, p. 102.

CAPÍTULO III

LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS COMO MEDIDAS ACUMULATIVAS: SU DIFÍCIL ENCAJE SISTEMÁTICO

1. EL EFECTO ACUMULATIVO DE LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS

Lo peculiar de la incidencia del *populismo punitivo* y la *descarcelación* en nuestro ordenamiento es que su presencia ha sido simultánea. Esto es, a la vez que se ponían en marcha reformas penales para el endurecimiento de las penas y su forma de cumplimiento como la que acabamos de analizar, las mismas normas u otras inmediatamente anteriores o posteriores, incluían medidas alternativas a la pena privativa de libertad. Todo ello, origina que padezcamos con especial intensidad las consecuencias un tanto paradójicas de la unión de ambas tendencias.

Aunque no es fácil establecer el sentido de las reformas introducidas en el CP respecto de las medidas alternativas a la prisión cabría distinguir en ellas básicamente dos tipos de modificaciones. De un lado, las que tratan de ordenar la sistemática de las medidas alternativas, orientar el sentido de su aplicación y, en cierto modo, de definir su naturaleza. De otro, las que modifican el Código Penal en referencia a determinados delitos y hacen uso de las medidas alternativas de forma instrumental y específica respecto de los tipos delictivos de los que en cada caso se trata. A las primeras, pertenecen el propio Código Penal de 1995, y las modificaciones del mismo realizadas mediante LO 15/2003, LO 5/2010 y LO 1/2015. Entre las segundas, destacan las LO 11/2003, 1/2004 y 15/2007.

Comenzando por las primeras, de mayor calado, el Código Penal de 1995 modernizó la configuración de la pena de multa e introdujo tímidamente la

pena de arresto de fin de semana con el propósito de limitar la imposición de la pena de prisión. Y, por otro lado, como mecanismos de evitación de la pena de prisión inicialmente impuesta, estableció la sustitución y la suspensión de la pena privativa de libertad⁵⁸¹. Sin embargo, a pesar del avance que el CP de 1995 implicó en cuanto a regulación, uso y potenciación de mecanismos alternativos a la prisión, no se propuso la creación de un sistema ordenado de medidas alternativas. El escaso protagonismo que su Exposición de Motivos les otorga resulta muy elocuente al respecto. El Código adolece desde su redacción inicial de falta de parámetros y criterios de proporcionalidad en la relación a la aplicación de las medidas alternativas entre sí, así como entre ellas y la pena de prisión. Después de su análisis, queda una cierta sensación de arbitrariedad, pues no se clarifican los criterios que deben orientar la decisión judicial de ordenar la ejecución de la pena de prisión o de optar por sustituirla por una sanción alternativa o de suspenderla⁵⁸². Aspecto que las posteriores reformas del CP no han logrado mejorar⁵⁸³.

La LO 15/2003 trajo consigo importantes cambios en la regulación de las medidas alternativas en nuestro país. Eliminó la pena de arresto de fin de semana por los defectos que se habían detectado en su aplicación práctica, ocupando su lugar la pena de prisión, que redujo a tal efecto su límite mínimo de seis a tres meses, los trabajos en beneficio de la comunidad, cuya regulación se perfecciona e incorpora al CP⁵⁸⁴, y la nueva pena de localización permanente.

⁵⁸¹ Un primer análisis de dichas figuras pertenece a LARRAURI PIJOAN, E., «Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo CP», *Jueces para la democracia*, n.º 25, 1996, pp. 53-56. Profundiza en EPyC, n.º 19, 1996, pp. 203-218. En cuanto a la pena de multa, CID MOLINÉ, J., CHACÓN CADENAS, M. J., «La pena de días-multa como alternativa a la prisión», en CID MOLINÉ, J., LARRAURI PIJOAN, E., 1997, pp. 37-58. Para un análisis conceptual de las diferentes medidas alternativas, especialmente la suspensión por motivos humanitarios, OSSET BELTRÁN, N., *Suspensión de la pena privativa de libertad. Especial referencia al supuesto por enfermedad muy grave con padecimientos incurables*, Accésit Premio Nacional Victoria Kent 2014, Ministerio del Interior, Madrid, 2015.

⁵⁸² Así lo destacan CID MOLINÉ, J., LARRAURI, E., «Introducción», en CID MOLINÉ, J., LARRAURI, E., 1997. En concreto para el uso del arresto de fin de semana, los trabajos en beneficio de la comunidad y la relación entre ambas penas, PEÑARANDA RAMOS, E., «Arresto de fin de semana» y «Trabajo en beneficio de la comunidad», en LUZÓN PEÑA, D. M. (Dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, Comares, Granada, 2002, pp. 95 y 1213, respectivamente.

⁵⁸³ TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, pp. 52-58, achacan la insuficiencia de nuestras medidas alternativas a la ausencia de una configuración adecuada, basada en un debate previo de contenido auténticamente político criminal y la necesidad de que los poderes públicos se impliquen en el desarrollo verdaderamente alternativo de estas medidas.

⁵⁸⁴ El RD 690/1996, de 26 de abril, por el que entonces se establecían las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y arresto de fin de semana, era el que regulaba el grueso de la medida, regulando incluso las causas de incumplimiento al margen de habilitación legal, y extralimitándose con ello en sus funciones reglamentarias. Profundiza en la figura, CID MOLINÉ, J., «El trabajo en beneficio de la comunidad», en CID MOLINÉ, J., LARRAURI PIJOAN, E., 1997, pp. 91-118. Igualmente, sobre su evolución normativa, CERVERA SALVADOR, S., «La pena de trabajos en beneficio de la comunidad», *REP*, n.º 255, 2001, pp. 35-134.

En cuanto a la multa, se intentó precisar su relación de equivalencia con la pena de prisión y adaptar su valor punitivo a la capacidad económica del acusado⁵⁸⁵. Por otro lado, los mecanismos de sustitución y suspensión amplían su ámbito de actuación a penas de prisión de hasta dos y cinco años respectivamente y por primera vez, se permite que los trabajos en beneficio de la comunidad operen como instrumento sustitutivo de la pena de prisión.

De este modo, la LO 15/2003 trató de dar un impulso a las medidas alternativas. No obstante, dos son las críticas principales que se realizan en relación con dicha reforma. En primer lugar, si la pena de arresto de fin de semana decae por los problemas detectados en su puesta en práctica, nada se explicaba acerca de los mismos y de las medidas adoptadas para que las nuevas alternativas que se impulsaban, en especial, la localización permanente, no siguieran idéntico camino⁵⁸⁶. Pero además, la norma mostraba poca coherencia, al ampliar por una parte el límite inferior de aplicación de la pena de prisión a tres meses y al tratar por otra de fomentar en paralelo el uso de medidas alternativas⁵⁸⁷. Parece como si el legislador, en contra de la propia naturaleza de lo que regulaba, hubiera considerado que la pena de prisión en ocasiones pudiera actuar como sanción alternativa a sí misma.

Posteriormente, la LO 5/2010 vino también a incidir en el ámbito de las medidas alternativas, desarrollando la pena de localización permanente, como antes hiciera la LO 15/2003 con la de trabajos en beneficio de la comunidad. Impulsó su aplicación como pena principal a la vez que mantuvo la posibilidad que opere en sustitución de otras penas. Sin embargo, los cambios que introduce en su régimen jurídico confirman las dos críticas antes adelantadas. Para determinados supuestos cuya definitiva aplicación deja al arbitrio judicial⁵⁸⁸, se permite que la pena de localización permanente se cumpla en centros penitenciarios durante los fines de semana. Con ello, esta pena se transforma en

⁵⁸⁵ Punto II, letra n) de la Exposición de Motivos de la LO 15/2003.

⁵⁸⁶ MUÑOZ CUESTA, J., «La nueva pena de localización permanente introducida en la LO 15/2003 y el fracaso de la pena de arresto de fin de semana», *Repertorio de Jurisprudencia*, n.º 6, 2004, pp. 73-76.

⁵⁸⁷ Exponen el panorama general tras la reforma, VARONA GÓMEZ, D., «La reforma de las penas no privativas de libertad (LO 15/2003): ¿Un paso adelante en el sistema de penas alternativas a la prisión?», *REIC*, n.º 4, 2004; CID MOLINÉ, J., «Las penas alternativas a la prisión en la reforma penal del 2003», en Díez Ripollés, J. L. *et al.*, *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones. Cuadernos penales José María Lidón*, Universidad de Deusto, 2004, pp. 135-156; «Penas no privativas de libertad en la Ley Orgánica 15/2003 (especial mención a: trabajo en beneficio de la comunidad y prohibición de acercamiento)», *Revista de derecho y proceso penal*, n.º 12, 2004, pp. 215-234.

⁵⁸⁸ Según el artículo 37 CP: «No obstante, en los casos en los que la localización permanente esté prevista como pena principal, atendiendo a la reiteración en la comisión de la infracción y siempre que así disponga expresamente el concreto precepto aplicable, el Juez podrá acordar en sentencia que la pena de localización permanente se cumpla los sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado».

algo muy similar a la anteriormente fallida pena de arresto de fin de semana. De manera que si la LO 15/2003 no explicaba nada sobre los motivos que llevaron a su supresión, la LO 5/2010 no aporta argumentos para confiar en el éxito de una pena que parece una versión de los mismos⁵⁸⁹. A la vez, la diferenciación entre las medidas alternativas y la pena de prisión se diluye, permitiéndose su completa fusión al ejecutarse la localización permanente a través de medios eminentemente penitenciarios, con necesario ingreso en prisión⁵⁹⁰. Con la finalidad de ofrecer respuestas penales que, aun siendo alternativas a la pena de prisión, pudiesen ser consideradas por la opinión pública como suficientemente drásticas, se opta justamente por aquello que se quería evitar.

Compartimos pues plenamente la crítica expresada por Torres Rosell:

«Los términos en los que se formula la ejecución de la medida responden sin embargo también, como los extintos arrestos de fin de semana, a la voluntad de adoptar «cortas pero efectivas descargas punitivas» para el delincuente reincidente. En este contexto debe considerarse no menos que paradójico el hecho que la Exposición de motivos de la LO 5/2010 presente la reformada pena de localización permanente como un instrumento sancionador orientado a solventar la tradicional carencia de penas alternativas a las penas cortas de prisión, cuando, como vemos, la propia sanción se transforma propiamente en un ingreso carcelario por cortos periodos de tiempo. Este régimen soslaya el pretendido efecto no desocializador atribuido a la localización permanente, a la par que parece olvidar el efecto pernicioso que acompaña el ingreso de corta duración en prisión a los efectos de contacto criminógeno y desprovisto de un plan de tratamiento para el condenado. Todo ello se antoja una muestra más de la escasa confianza del legislador en el efecto preventivo especial y general que per se pueda desarrollar esta pena»⁵⁹¹.

⁵⁸⁹ RUBIO LARA, P. A., «Dos penas controvertidas en el Código Penal español: problemas dogmáticos sobre la regulación y aplicación de las penas de localización permanente y trabajos en beneficio de la comunidad. Posibles soluciones», *La Ley Penal*, n.º 126, mayo-junio 2017, pp. 3-4.

⁵⁹⁰ Sobre la pena de localización permanente y su evolución en este sentido, MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «Legislación aplicada a la práctica: La pena de localización permanente», *La Ley Penal*, n.º 25, 2006, pp. 48-67; «La localización permanente», *Diario La Ley*, Doctrina, n.º 7399, 11.05.10. Del mismo autor y de manera crítica sobre los efectos de la reforma, «Algunos defectos puntuales, por activa y por pasiva, de la Ley Orgánica 5/2010: las tribulaciones de la localización permanente, la desnaturalización de los trabajos en beneficio de la comunidad», *Diario La Ley*, Tribuna, n.º 7534, 23.12.10. Igualmente, abordan la figura y su régimen de cumplimiento, CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 60-63; «La pena de localización permanente en centro penitenciario», *REP*, n.º extra, *in memoriam* Profesor Francisco Bueno Arús, 2013, pp. 71-84; BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Penas privativas de libertad», en GRACIA MARTÍN, L., 2016, pp. 31-35; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, pp. 249-260.

⁵⁹¹ Al respecto, TORRES ROSELL, N., «Contenido y fines de la pena de localización permanente», *InDret*, n.º 1, 2012, enero, p. 17.

Finalmente, alcanzamos la LO 1/2015 que, al margen de los relevantes cambios que introduce en materia de la libertad condicional y que abordaremos luego de manera individualizada, supone las siguientes novedades⁵⁹².

Primero, con el pretexto de conseguir una mayor eficacia procedimental, pretende unificar el régimen de la suspensión de la ejecución y de la sustitución de la pena, pasando éste último a ser un tipo del primero⁵⁹³.

Segundo, en cuanto a los trabajos en beneficio de la comunidad y justamente por la desaparición del régimen de sustitución de la prisión como régimen autónomo, el artículo 53 CP parece que consolida la posibilidad de aplicarlos como responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, sin que sea necesario que concurren los requisitos de los artículos 80 y ss. CP⁵⁹⁴. Es decir, si bajo la regulación anterior, parte de la doctrina entendía que los criterios generales para la sustitución que el artículo 88 CP contemplaba, también debían concurrir en los casos de sustitución de la responsabilidad personal subsidiaria por trabajos en beneficio de la comunidad⁵⁹⁵, ahora, con la desaparición del régimen de sustitución, parece que la aplicación de trabajos en beneficio de la comunidad como medida sustitutiva de la tradicional prisión por responsabilidad personal subsidiaria, depende tan sólo de que el interesado participe al órgano juzgador su voluntad de realizar dichos trabajos⁵⁹⁶.

⁵⁹² Para un análisis en mayor profundidad, VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Las alternativas a la prisión en la reforma de 2015», en LANDA GOROSTIZA, J.-M., 2016, pp. 171-198.

⁵⁹³ Sobre el régimen general de suspensión de la condena que la reforma establece, MENDOZA BUERGO, B., «La determinación de la pena, las instituciones individualizadoras y los substitutivos de las penas privativas de libertad», en LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A., 2015, pp. 352-376. Específicamente centrado en la reforma, y crítico por la artificiosidad de su afán unificador, PEÑARANDA RAMOS, E., «Informe crítico sobre la reforma del régimen jurídico de la suspensión y sustitución de la pena y de la libertad condicional», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., ANTÓN BOIX, J. R., 2014, pp. 50-70. A su vez, GARCÍA ALBERO, R., «La suspensión de la ejecución de las penas», en QUINTERO OLIVARES, G., 2015, pp. 143-172, CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 90-105; GRACIA MARTÍN, L., ALASTUEY DOBÓN, C., «Suspensión de la ejecución, sustitución de las penas privativas de libertad y libertad condicional», en GRACIA MARTÍN, L., 2016, pp. 129-152; AYALA GARCÍA, J. M., ECHANO BASALDUA, J.I., «La suspensión de la pena tras la LO 1/2015», en LANDA GOROSTIZA, J.-M., 2016, pp. 199-224. Desde un punto de vista más descriptivo, FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, pp. 115-138.

⁵⁹⁴ PEÑARANDA RAMOS, E., «Trabajo en beneficio de la comunidad», en LUZÓN PEÑA, D. M., 2002, p. 1214. De acuerdo con el autor: «Admitida por la STC 19/ 1988, de 16 de febrero, la legitimidad constitucional de una responsabilidad personal para impedir que, en caso de insolvencia, pueda quedar sin sanción efectiva una transgresión del Ordenamiento conminada con pena de multa, la traducción de esa responsabilidad personal en una privación (continuada) de libertad produce tal agravación de la posición del condenado, que se hace necesario considerar esa solución como *ultima ratio*, destinada a operar sólo cuando hayan fracasado otras fórmulas menos restrictivas de la libertad individual, como la que los trabajos en beneficio de la comunidad, aceptados por el condenado, efectivamente suponen».

⁵⁹⁵ RUBIO LARA, P. A., *La Ley Penal*, 2017, p. 15, muestra las diferentes posturas doctrinales que se mantenían hasta el momento.

⁵⁹⁶ Entre otras, así lo recogen las siguientes resoluciones: AAN Sala de lo Penal (Secc. 1.ª) de 19.04.17; Auto del Servicio Común de Ejecución de Penas de Baracaldo de 15.11.16 (Ej. 1196/16 JP 2 Baracaldo); AJP de Palencia n.º 1 de 10.04.17; AAP Vizcaya (Secc. 2.ª) de 09.06.17; Auto Servicio Común

Por último, en relación también con los trabajos en beneficio de la comunidad, y ante la dificultad de encontrar actividades de utilidad pública que puedan darles un contenido adecuado y de gestionar su efectivo cumplimiento, el nuevo artículo 49 CP permite considerar como tales la realización de «talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares». Aspecto que, a nuestro juicio, en pos de una facilitación ejecutiva que, como luego abordaremos, es habitual en esta materia, supone perder de vista la propia naturaleza de la medida⁵⁹⁷.

Las restantes normas que sirven para la introducción de medidas alternativas, obedecen como decíamos, a la utilización instrumental de las mismas en respuesta a determinados delitos de nueva creación. Respectivamente, las LLOO 11/2003 y 1/2004 hacen uso de los trabajos en beneficio de la comunidad para hacer frente a conductas propias de la violencia de género y la LO 15/2007 potencia dicha pena para las conductas que atentan contra la seguridad vial. De nuevo, unas y otras ejemplifican el uso populista de las medidas alternativas. Con estas normas el legislador da una imagen de fortaleza frente a la conducta que se considera socialmente desviada, pues permite que la respuesta penal abarque conductas cada vez más leves, rebajando de manera significativa el umbral de criminalización. A la vez que, a pesar de la importante expansión del Derecho Penal que se provoca, el uso de las medidas alternativas impide que el mensaje punitivo resulte desproporcionado para la opinión pública⁵⁹⁸.

Tras este breve repaso de la normativa penal sobre las medidas alternativas a la pena de privación de libertad, podemos decir que las sucesivas modificaciones no han servido para desplazar el uso de la pena de prisión, que continúa siendo la pena reina⁵⁹⁹. En primer lugar, porque por la rigidez lega-

de Ejecuciones de Baracaldo de 16.05.17 (Ej. 372/17 JP 1 Baracaldo). Por nuestra parte, se analiza y destaca esta nueva interpretación en SOLAR CALVO, P., «Responsabilidad personal subsidiaria y tbc. La vía del artículo 53 CP tras la LO 1/2015», *Diario La Ley*, n.º 9040, 13.09.17.

⁵⁹⁷ En su estudio sobre el uso de estos programas en la suspensión y sustitución, LARRAURI PIJOAN, E., «Los programas formativos como medida penal alternativa en los casos de violencia de género ocasional», *REIC*, n.º 8, 2010, pp. 1-26, propone en su conclusión n.º 4 su uso asociado a los trabajos en beneficio de la comunidad a modo de medida combinada, pero no exclusiva.

⁵⁹⁸ LARRAURI PIJOAN, E., «Populismo punitivo y penas alternativas a la prisión», en BACIGALUPO SAGGESE, S., CANCIÓ, M., 2005, pp. 283-304.

⁵⁹⁹ Así lo exponen, LARRAURI PIJOAN, E., «Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho Penal español», *ADPCP*, t. 44, n.º 1, 1991, pp. 45-64; CID MOLINÉ, J., LARRAURI PIJOAN, E., (Coords.), *Jueces penales y penas en España (aplicación de las penas alternativas a la privación de libertad en los juzgados de lo penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; LARRAURI PIJOAN, E., ZORRILLA MARTÍNEZ, N., «Informe social y supervisión efectiva en la comunidad: especial referencia a delitos de género ocasional», *Indret*, n.º 3, 2014, p. 23, donde refieren cómo: «las penas comunitarias están creciendo masivamente sin lograr reducir de forma significativa el recurso a la prisión».

lista de nuestro sistema⁶⁰⁰, tradicionalmente no se han aceptado dichas medidas más que para responder a las infracciones más leves. Como apunta Tamarit Sumalla, «el Derecho español no dispone de un cuadro general amplio de penas alternativas imponibles por sustitución según libre apreciación judicial al estilo del Código francés, ni de las previsiones del Código alemán introducidas en 1994 para la compensación entre autor y víctima o la reparación, ni la vía de exención por pena natural existente en varios Códigos europeos y latinoamericanos, por no hablar, en un terreno ya más lejano al tema que nos ocupa, de la falta de reconocimiento del principio de oportunidad en la persecución». Todo ello, como concluye este autor, «pone en evidencia las importantes deficiencias de un Código penal que favorece un uso desmesurado del encarcelamiento y asigna un papel muy secundario a las penas privativas de derechos y de cumplimiento en la comunidad»⁶⁰¹.

En segundo lugar, porque justamente por esa aparente levedad de su respuesta punitiva, las medidas alternativas a la pena de prisión han servido más a la expansión del Derecho Penal que a su limitación y racionalización. En palabras de Mapelli Caffarena, «las alternativas a la prisión o han quedado arrinconadas por sus dificultades de ejecución o han servido para que más personas pasen a estar bajo el control del sistema penal»⁶⁰². Análisis que coincide con el que realizan Tamarit Sumalla y García Albero cuando hablan de la «extensión de la red»⁶⁰³, esto es, de la ampliación del ámbito de aplicación del sistema penal.

La siguiente tabla sobre los mandamientos de ejecución de medidas alternativas, es elocuente al respecto⁶⁰⁴.

⁶⁰⁰ TAMARIT SUMALLA, J. M., *RECPC*, 2007, p. 40; NIETO MARTÍN, A., MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., RODRÍGUEZ YAGÜE, C., «Alternativas a la prisión: una evaluación sobre su impacto en la población penitenciaria española», *RGDP*, n.º 28, 2017, p. 3. LARRAURI PIJOAN, E., «Introducción a las medidas alternativas desde la Criminología», *Informaciones psiquiátricas, Publicación científica de los Centros de la Congregación de las Hermanas Hospitalarias del Sagrado Corazón de Jesús*, n.º 205, 2011, p. 212, añade como factores adiciones a considerar el poco esfuerzo que en ocasiones muestra la Administración por ejecutar estas penas y opinión pública tan benévola que tiende a tenerse sobre estas medidas. De la misma autora, con BLAY GIL, E., *Las penas comunitarias en Europa*, Trotta, Madrid, 2010, donde se analiza la implantación de las medidas alternativas desde un punto de vista europeo y se proponen mejoras para su mayor aplicación y mejor ejecución por parte de los operadores jurídicos implicados.

⁶⁰¹ TAMARIT SUMALLA, J. M., *RECPC*, 2007, pp. 28 y 40. En términos similares, TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, pp. 54-55; CID MOLINÉ, J., *CDJ*, 1999, pp. 129 y ss.; «La política criminal europea en materia de sanciones alternativas a la prisión y la realidad española: una brecha que debe superarse», en ARANGÜENA FANEGO, C., *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 267-288.

⁶⁰² MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, p. 66.

⁶⁰³ TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, p. 55.

⁶⁰⁴ Informe General 2014, SG. II. PP., ob. cit., p. 220; Informe General 2015, SG.II.PP., 2017, p. 216.

2000	812
2001	1.027
2002	1.049
2003	1.068
2004	2.304
2005	8.143
2006	16.929
2007	28.578
2008	60.405
2009	185.476
2010	234.935
2011	181.128
2012	148.284
2013	160.804
2014	144.479
2015	140.292

Más allá de la ingente cantidad de ejecutorias que la normativa en medidas alternativas ha generado, la combinación de este dato con los siguientes, nos da idea del verdadero alcance de las consecuencias de su introducción en nuestro ordenamiento. En primer lugar, y sobre la expansión penal que han favorecido, sólo para el año 2010, el 89 % de los mandamientos se refería a delitos contra la seguridad vial y de violencia de género⁶⁰⁵. Es decir, prácticamente todas las medidas se referían a delitos de nueva creación mediante las leyes específicas antes mencionadas. A su vez, sobre su incapacidad para sustituir a la pena privativa de libertad, tal y como se extrae de la siguiente tabla, el aumento en la aplicación de las medidas coincide con un periodo de tiempo

⁶⁰⁵ Estudio sobre los perfiles de los condenados a Trabajos en Beneficio de la Comunidad realizado por la Subdirección General de Penas y Medidas Alternativas para el año 2010. Coincidente con el análisis que GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., *Estudio teórico y práctico de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, Premio Nacional Victoria Kent, 2013, Ministerio del Interior, Madrid, 2014, pp. 301-308, realiza de la estadística judicial. Datos que casan con los que aportan LARRAURI PIJUAN, E., ANTÓN GARCÍA, L., «Violencia de género ocasional. Un análisis de las penas ejecutadas», *REIC*, n.º 7, 2009, p. 20 sobre el impacto de la LO 1/2004 en el mayor uso de los trabajos en beneficio de la comunidad. Por ello, NIETO MARTÍN, A., MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *RGDP*, 2017, p. 4 hablan de los «nuevos clientes del sistema penal» condenados por delitos de violencia de género y contra la seguridad vial.

en que la pena privativa de libertad se ha aplicado también con especial intensidad en nuestro país⁶⁰⁶.

2000	39.013
2001	41.131
2002	44.924
2003	48.645
2004	51.272
2005	52.747
2006	55.049
2007	58.790
2008	63.517
2009	65.548
2010	63.403
2011	59.975
2012	58.556
2013	56.968
2014	55.726
2015	52.804

Y es que, como resultado absolutamente kafkiano e indirecto de su introducción, las medidas alternativas también contribuyeron al aumento del número de internos en prisión⁶⁰⁷. Primero, por el propio quebrantamiento de aquellas medidas que implican privación de libertad, principalmente la localización permanente⁶⁰⁸, y que el artículo 468.1 CP castiga con pena de prisión de seis meses a un año. Segundo, por la vía indirecta del quebrantamiento de las restantes medidas que no suponen privación de libertad, en los casos en que no se satisface la multa impuesta y ha de cumplirse pena de prisión en concepto de

⁶⁰⁶ Datos obtenidos de los Informes Generales, S.G. I.P.P., correspondientes a los años señalados. En su interesante estudio CID MOLINÉ, J., «La suspensión de la pena en España: Descarcelación y Reincidencia», *Revista de derecho penal y criminología*, n.º 5, 2005, pp. 223-239, el autor apunta al uso de dicha medida como causa del decrecimiento del número de entradas en prisión entre los años 1996-2033 (pp. 228-231). Sin embargo, para el mismo periodo, el mismo autor reconoce un incremento de la tasa de encarcelamiento que compensa con creces los efectos que pudieran esperarse de la introducción de las medidas alternativas.

⁶⁰⁷ TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, p. 56.

⁶⁰⁸ RUBIO LARA, P. A., *La Ley Penal*, 2017, p. 7; FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., «La acumulación jurídica de penas. Criterios jurisprudenciales», *La Ley Penal*, n.º 127, julio-agosto 2017, p. 7.

responsabilidad personal subsidiaria⁶⁰⁹. Finalmente, por su utilización como sustitutivos de la pena privativa de libertad, en aquellos supuestos en que el cumplimiento de la medida alternativa no tiene éxito⁶¹⁰. Variable que supone un incremento del uso de la prisión, a la que sin duda contribuye que el régimen de ejecución de ciertas medidas, especialmente la de trabajos en beneficio de la comunidad, sea tan poco flexible⁶¹¹. De hecho, el tímido decremento del número de internos que empieza a apreciarse a partir de 2011 se debe entre otros factores, tanto a la rebaja de las condenas por delitos contra la Salud Pública que realiza la LO 5/2010, como al empeño de la Administración en mejorar la gestión de los trabajos en beneficio de la comunidad y el consiguiente aumento de las tasas de éxito en su cumplimiento⁶¹².

Por tanto, tenemos un sistema de medidas alternativas bastante desordenado, que resulta más acumulativo que alternativo al sistema penitenciario. Esto tanto de hecho, como de derecho. De hecho, porque por su contribución a la expansión penal a través del castigo de conductas menores, es habitual que confluyan en un mismo interno ejecutorias de cumplimiento de pena privativa de libertad y de medida alternativa. De derecho, por la definición normativa

⁶⁰⁹ A diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, el quebrantamiento de las medidas alternativas se castiga con prisión sólo en los casos en que dicha medida implica privación de libertad. Según el artículo 468.1 CP: «Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos». Sin embargo, esta proporcionalidad del planteamiento decae en el apartado 2 del mismo precepto. A tenor del mismo: «Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, así como a aquellos que quebrantaren la medida de libertad vigilada». A pesar de que no es objeto de este análisis conocer las causas del aumento de los internos en prisión durante la última década, basta tener en cuenta este precepto y el aumento de la criminalización de conductas asociadas a la violencia de género para establecer una clara relación. Para un análisis en profundidad del asunto, CID MOLINÉ, J., «El incremento de la población reclusa en España entre 1996-2006: Diagnóstico y remedios», *REIC*, n.º 6, 2008. De modo más general, LARRAURI, E., *CDJ*, 1998, pp. 81-98.

⁶¹⁰ La siguiente sucesión de resoluciones nos sirve de caso paradigmático al respecto: SJP Pamplona n.º 3 de 15.04.16, que condena a 80 días de prisión, sustituidos por 80 jornadas de trabajos en beneficio de la comunidad (art. 71.3 CP); AJVP de Cantabria de 26.01.17, que declara el incumplimiento de la medida; AJP Pamplona n.º 3 de 06.04.17, que dicta la revocación de la sustitución. La abundancia de estos casos motiva que LARRAURI PIJOAN, E., «La necesidad de un informe social para la decisión y ejecución de las penas comunitarias», *Boletín Criminológico*, n.º 139, 2012, p. 4, apele al uso de los informes sociales para orientar las decisiones judiciales, de modo que se adecúen más a las circunstancias reales de los condenados a medidas alternativas y permitan disminuir el índice de incumplimientos. De la misma autora, «¿Es necesario un informe social para decidir acerca de la pena? Una aproximación a la toma de decisiones judiciales», *Jueces para la democracia*, n.º 73, 2012, pp. 105-119; con ZORRILLA MARTÍNEZ, N., *Indret*, 2014, p. 21.

⁶¹¹ RUBIO LARA, P. A., *La Ley Penal*, 2017, p. 13.

⁶¹² LÓPEZ LÓPEZ, A. M., «Penas sustitutivas y quebrantamiento de condena», *Diario La Ley*, Sección Doctrina, n.º 7673, 14.07.11.

que se ha dado a algunas de las medidas alternativas, como la localización permanente, y por las prácticas de ejecución que como veremos a continuación, se han dado por buenas para otras. Especialmente, en lo relativo a los trabajos en beneficio de la comunidad y los programas asociados a las suspensiones de condena. Todo ello reduciendo en mucho la alternatividad originalmente pretendida y llevando a supuestos de hecho absurdos en los que lo habitual sea cumplir una medida alternativa a la vez que la pena privativa de libertad o, de no haber sido esto posible, inmediatamente después de finalizar ésta.

En definitiva, la realidad confirma las dudas reiteradamente expuestas por parte de la doctrina⁶¹³ y se reproduce en nuestro ordenamiento lo que vimos que sucedió con carácter general en otros⁶¹⁴, aunque si cabe con mayor intensidad desde el punto de vista de afección del sistema penitenciario. A esa unión que de hecho y derecho se ha fomentado entre pena privativa de libertad y medidas alternativas, contribuye sin duda el que las competencias para la ejecución de ambas recaigan en la Administración Penitenciaria.

2. LA GESTIÓN Y EJECUCIÓN PENITENCIARIA DE LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN

El RD 400/2012 de 17 de febrero, que desarrolla la estructura orgánica del Ministerio del Interior, sirvió, entre otros aspectos, para adaptar la estructura ministerial al RD 840/2011, de 17 de junio, y los cambios que en materia de gestión de medidas alternativas establecía⁶¹⁵. Su artículo 5 define las funciones de la A. P., entre las que, además de las funciones penitenciarias más

⁶¹³ Especialmente, CID MOLINÉ, J., LARRAURI PIJOAN, E., «Introducción», en CID MOLINÉ, J., LARRAURI PIJOAN, E., 1997; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad en el CP español de 1995», en ECHANO BASALDÚA, J., (Coord.), *Estudios Jurídicos en memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, pp. 125-152, quienes advierten tanto del aumento de control penal que iban a suponer las medidas alternativas, como de lo problemático del uso de la prisión como forma de garantizar su cumplimiento.

⁶¹⁴ Analiza esta problemática desde un punto de vista general, AUSTIN, J., KRISBERG, B., «Alternatives to incarceration: Substitutes or Supplements?», en VON HIRSCH, A., ASHWORTH, A., *Principled Sentencing*, Hart Publishing, Oxford, 1998. Igualmente, CESANO, J. D., *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2003, pp. 863-889.

⁶¹⁵ En concreto, se trata del RD 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de la penas privativas de libertad y sustitución de penas. Norma que vino a sustituir al RD 515/2005, de 6 de mayo, adaptando la ejecución de las medidas alternativas a la importante reforma penal llevada a cabo por la LO 5/2010. Un resumen de su contenido en CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 39-40.

tradicionales, vinculadas a la ejecución de la pena privativa de libertad, las regimentales de seguridad interior y las tratamentales tendentes a la reinserción, incluye las de la ejecución de las medidas alternativas⁶¹⁶. De acuerdo con su letra d), «corresponde a la SG.II.PP. (...) la planificación, coordinación y gestión de la acción social a internos y liberados condicionales y la gestión y seguimiento de penas y medidas alternativas, que sean competencia de la Administración Penitenciaria según la normativa vigente».

Por su parte, el apartado 5 del mismo precepto, de acuerdo con esa normativa vigente, asigna a la Subdirección General de Penas y Medidas Alternativas la siguiente competencia:

«El desarrollo de lo establecido en el párrafo d) del apartado primero y, en particular, la gestión, coordinación y seguimiento de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad, de la suspensión de la pena privativa de libertad, de la libertad condicional, y de las medidas de seguridad, así como el inicio de la gestión de la pena de localización permanente, elaborando los informes sobre estas competencias que requieran las autoridades judiciales correspondientes»⁶¹⁷.

Con posterioridad, el RD 873/2014, de 10 de octubre, que modifica el anterior RD 400/2012, asigna a la SG. de Tratamiento y Gestión de la SG. II.PP. «la ejecución de la pena de localización permanente que haya de cumplirse en centro penitenciario», quedando el apartado 5 del artículo 5 redactado del siguiente modo:

«Corresponde a la Subdirección General de Penas y Medidas Alternativas el desarrollo de lo establecido en el párrafo d) del apartado 1 y, en particular, la gestión, coordinación y seguimiento de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad, de la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad y de la libertad condicional, elaborando los informes sobre estas competencias que requieran las autoridades judiciales correspondientes».

A su vez, el reciente RD 770/2017, de 28 de julio, que de nuevo ajusta la estructura del Ministerio del Interior, mantiene la anterior distribución y define las competencias de la SG. de Penas y Medidas alternativas en el siguiente sentido (art. 5.5):

⁶¹⁶ Como refiere MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, p. 159, «no es objeto de la regulación penitenciaria la ejecución de otras sanciones penales como la multa, los trabajos en beneficio de la comunidad, etc.».

⁶¹⁷ Conforme a los anteriores RD de organización, las tareas de ejecución de las medidas alternativas se incluían dentro de la Subdirección General de Coordinación Territorial. Dado el volumen de gestión que las mismas suponen se tomó la decisión de crear una nueva Subdirección General para la dirección de su concreta tramitación.

«Corresponde a la Subdirección General de Penas y Medidas Alternativas el desarrollo de lo establecido en el párrafo d) del apartado primero y, en particular, la gestión, coordinación y seguimiento de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad, de la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad y de la libertad condicional; y la acción social penitenciaria».

Por último, el RD 952/2018, de 27 de julio, mantiene esta asignación de competencias, si bien introduce cambios relevantes. En primer lugar, incardina a la anterior SG. de Penas y Medidas alternativas, actual SG. de Medio Abierto y de Penas y de Medidas alternativas, en la DG. de Ejecución Penal y Reinserción Social, esto es, dentro del núcleo de actuación de la actividad penitenciaria. En segundo lugar, como el nombre de la nueva SG. indica, el tercer grado, el medio abierto, pasa a gestionarse de manera conjunta con las penas y medidas alternativas.

A nuestro juicio, que la A. P. asuma las funciones de ejecución de las medidas alternativas a la pena privativa de libertad es una opción política discutible por las importantes consecuencias que veremos, trae consigo. Atribuir la gestión de institutos jurídicos tan distintos, los penitenciarios y lo no penitenciarios, a una misma Administración que, paradójicamente, sigue denominándose penitenciaria, acaba provocando consecuencias desestabilizadoras para ambos⁶¹⁸. De hecho, la incongruente ubicación de la competencia para la ejecución de la localización permanente en la SG. de Tratamiento y Gestión y no en la SG. de Penas y Medidas Alternativas, tras el RD 873/2014, da muestra de la confusión que se ha acabado imponiendo entre ambos ámbitos de actuación penal: el propio de la pena privativa de libertad y el de las medidas alternativas a la misma. Como acertadamente apuntan Nieto Martín, Muñoz de Morales Romero y Rodríguez Yagüe, un sistema de alternativas sólo puede funcionar, si existe la infraestructura necesaria para ello con personal especializado a su servicio⁶¹⁹.

A pesar de que la experiencia de la A. P. en gestión de penas hacía suponer cierta facilidad en la organización de la ejecución de las medidas alternativas, lo cierto es que el uso expansivo de las mismas provocó que los primeros años de su gestión no fueran sencillos. Su ejecución respondía a una filosofía de cumplimiento diferente a la de la pena privativa de libertad. A la vez, las estruc-

⁶¹⁸ Sobre los motivos para no colocar bajo un mismo paraguas normativo las penas privativas de libertad y alternativas a ellas, CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 9-10, quien sin embargo, celebra la atribución competencial que describimos por la mayor experiencia en la ejecución penal y tratamiento de la A.P. (p. 40). Distingue la autora la normativa material de las penas y medidas, de aquella que se encarga de su gestión.

⁶¹⁹ NIETO MARTÍN, A., MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *RGDP*, 2017, p. 95.

turas administrativas penitenciarias no estaban desarrolladas ni suficientemente dotadas para la carga de trabajo que la aplicación de las mismas suponía.

En este contexto, el cometido principal de la SG. de Penas y Medidas Alternativas consistió en mejorar esta situación y erradicar las dos consecuencias principales que la misma acarrea. De un lado, la altísima tasa de prescripción de medidas alternativas que se estaba produciendo⁶²⁰. De otro, su conversión en prisión en caso de incumplimiento. Ello tanto por la ausencia de ejecución ordenada de la medidas que solía esconderse tras su fracaso, como por la presión que su conversión en pena de prisión suponía sobre el ya sobrecargado sistema penitenciario.

Sin embargo, para el supuesto concreto de coincidencia en un mismo interno de pena privativa de libertad y medida alternativa por ejecutorias distintas, este celo administrativo por procurar el cumplimiento de las medidas alternativas se ha llevado a nuestro juicio extremos, perdiéndose la perspectiva de la verdadera naturaleza de lo que se ejecuta. La siguiente exposición sobre la ejecución práctica de las medidas alternativas en casos de concurrencia con la pena de prisión, nos sirve de ejemplo clarificador al respecto.

Empezando por la localización permanente, la LO 5/2010 no vino sino a confirmar una práctica común en los establecimientos penitenciarios respecto de los internos que tienen esta medida pendiente de cumplimiento. Para fomentar su ejecución y evitar tener que iniciar de nuevo la tramitación asociada a la misma, la política penitenciaria es la de aprovechar que el interno ya se encuentra bajo tutela administrativa para, con su consentimiento, solicitar al Tribunal sentenciador el cumplimiento de esos días de localización permanente en el centro penitenciario. La práctica se ampara en el inciso del artículo 37 CP que, tras establecer el domicilio como lugar de cumplimiento de la medida, también permite que se cumpla «(...) en lugar determinado fijado por el Juez

⁶²⁰ Nos hacemos una idea del esfuerzo administrativo desarrollado comparando los datos de ejecutorias pendientes en diferentes años. Según el Informe General de 2009, SG. II.PP., 2010, p. 227, a fecha 31 de diciembre de 2009 el total de sentencias relativas a medidas alternativas pendientes de ejecución ascendía a 47.964. Si atendemos al Informe General de 2012, SG. II.PP., 2013, p. 208, a fecha 31 de diciembre de 2012, la cifra había descendido a 9166. Esta tendencia a la prescripción se explica por la complejidad de la ejecución de algunas medidas, especialmente los trabajos en beneficio de la comunidad, la brevedad de los plazos de prescripción, acorde por otro lado con la levedad de las infracciones realizadas, y la interpretación, que tiende a considerar que la actuación administrativa que ordena el cumplimiento no interrumpe los plazos de prescripción. Esto último especialmente a partir de la STC 97/2010, de 15 de noviembre, que ante la ausencia de normativa específica, como sucede para el caso de los delitos (art. 132 CP), aboga por una interpretación literal de la norma. Al respecto, RAGUÉS I VALLÉS, R., «La inaplazable reforma de la prescripción de la pena: razones y propuestas», en FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., (Dir.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Constitutio Criminalis Carolina, 2013, pp. 547-667. Aplicado a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, GÓMEZ RECIO, F., «La pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Éxito y fracaso», *Diario La Ley*, Sección Doctrina, n.º 7899, 2012.

en sentencia o posteriormente en auto motivado», aunque sin someterse al requisito de que se trate de los delitos para los que el CP así lo prevea⁶²¹. Con ello, aparentemente, ambas partes implicadas ganan. El condenado porque permaneciendo pocos días más en el centro penitenciario salda sus cuentas penales pendientes. Los órganos judiciales y administrativos porque evitan el tener que realizar trámites de ejecución adicionales y una posible prescripción sobrevinida de la condena⁶²².

Si analizamos la forma en que se vienen ejecutando los trabajos en beneficio de la comunidad, los motivos para el solapamiento entre la medida y el sistema penitenciario son aún más intensos. Ante la escasez endémica de entidades colaboradoras en el cumplimiento de los trabajos en beneficio de la comunidad y siendo la Administración Penitenciaria la encargada de ejecutarlos, se optó por que los centros penitenciarios se constituyeran en entidades colaboradoras de los Servicios de Gestión de Penas y Medidas Alternativas. Con ello, aumentaron considerablemente las plazas disponibles para la ejecución de la medida con actividades a realizar, por motivos de seguridad, en el exterior de los establecimientos, consistentes normalmente en labores de limpieza

⁶²¹ El antiguo artículo 623.1 CP, sobre las faltas de hurto, incluía expresamente la posibilidad de cumplimiento en centro penitenciario, tal y como el artículo 37 CP exige, así: «(...) En este último supuesto, el Juez podrá disponer en sentencia que la localización permanente se cumpla en sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 37.1 (...)». Sin embargo, tras la LO 1/2015, los artículos 171.7, 172.7 y 173.4 CP que prevén la aplicación de la localización permanente como pena principal, hacen referencia tan sólo a que la misma ha de cumplirse «siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima». Habrá que ver la interpretación judicial que se haga de este aparente olvido del Legislador que, si bien parece querer destacar la necesidad de que en casos de violencia de género y doméstica, el cumplimiento de la localización permanente no suponga un perjuicio para la víctima, lo cierto es que también puede dar pie a la imposibilidad de aplicación de lo que el artículo 37.1 CP sigue manteniendo como posible. De hecho, así lo entienden, CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 60-63; BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Penas privativas de libertad», en GRACIA MARTÍN, L., 2016, pp. 31-35; ANDRÉS LASO, A., 2016, p. 448; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, p. 255; VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Las alternativas a la prisión en la reforma de 2015», en LANDA GOROSTIZA, J.-M., 2016, p. 180; y LEAL MEDINA, J., «¿Constituye una pena privativa de libertad la pena de localización permanente? El restringido ámbito de aplicación y las especialidades que presenta su ejecución, nos revelan su controvertida naturaleza jurídica», *Diario La Ley*, n.º 9046, Sección Doctrina, 21.09.17, pp. 8 y 10, quienes apuntan cómo esta posibilidad ha quedado vaciada de contenido concreto.

⁶²² Como ejemplo, el Auto del Servicio Común de Ejecución Penal de Vitoria-Gasteiz de 19.09.16 (Ej. 1615/16 JP n.º 1 Vitoria-Gasteiz) resume que «si se trata de determinar la modalidad de cumplimiento de las dos penas de localización pendientes, y, según la liquidación de condena, la penada estará cumpliendo penas encadenadas hasta dentro de ocho años, resulta más beneficioso para ella, y así ha de acordarse, que cumpla estas dos penas en prisión de forma ininterrumpida con las demás, estando, por tanto, sujetas a refundición, y que se trata de penas principales que exigen, únicamente, la determinación del lugar de cumplimiento, y no de la aplicación del artículo 53 CP». Práctica que no se recoge en el CP pero que la doctrina avala. Entre otros, RUBIO LARA, P. A., *La Ley Penal*, 2017, p. 6; FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., *La Ley Penal*, 2017, p. 7. En el mismo sentido, la Circular de la Fiscalía 1/2014, que permite la aplicación del art 76 CP en caso de cumplimiento sucesivo de la pena de prisión y la de la localización permanente.

y jardinería⁶²³. Pero, lo relevante desde el punto de vista penitenciario es que esta decisión permitió la ejecución simultánea de las penas privativas de libertad y de trabajos en beneficio de la comunidad en el interior de los centros penitenciarios⁶²⁴. La Instrucción 9/2011 así lo regula, logrando con ello de nuevo el cumplimiento efectivo de la medida también en estos casos e impidiendo su prescripción⁶²⁵.

Por último, y con la misma finalidad de procurar su fácil cumplimiento y la remisión definitiva de las condenas suspendidas, de acuerdo con la Instrucción 10/2011, los programas impuestos en tanto que medida obligatoria en las suspensiones de condena (art. 83 CP), se desarrollan en prisión por personal penitenciario, si recaen en internos que estuvieran cumpliendo pena privativa de libertad⁶²⁶.

Las ventajas que de esta situación se obtienen para la efectiva gestión administrativa de las medidas alternativas es clara. Igualmente, como apunta Mapelli Caffarena para el caso concreto de la pena de localización permanente, de este modo se evita el despropósito no previsto por el legislador consistente en que los internos tengan que cumplir una pena alternativa a la prisión después de un periodo en tercer grado o libertad condicional. A la vez, el resultado es más beneficioso para ellos, pues se acorta su tiempo de obligado sometimiento a tutela administrativa. Sin embargo, el mismo autor señala como importantes objeciones el hecho de que no existe una regla de convertibilidad de la pena de localización permanente en prisión y lo desproporcionado que supone sustituir días de localización permanente por días de prisión⁶²⁷. Por ello, advierte que el cumplimiento generalizado de la localización perma-

⁶²³ De acuerdo con el Informe General 2014, SG. II. PP., ob. cit., pp. 221-224, a fecha 11.07.2014, las plazas disponibles por los Servicios de Gestión de Penas y Medidas alternativas ascendía a 31.225. De ellas, el número de plazas ofertadas por los centros penitenciarios alcanzaba las 5.169, situándose únicamente por detrás de las entidades locales.

⁶²⁴ GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., 2014, p. 320.

⁶²⁵ Sobre su compleja dinámica de cumplimiento, GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., 2014, pp. 308-360. Igualmente, BRANDARIZ GARCÍA, J. A. *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002; TORRES ROSELL, N., «La pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Opinión sobre las implicaciones de su aplicación y ejecución», *RGDP*, n.º 4, 2005; BLAY GIL, E. *Trabajo en beneficio de la comunidad. Regulación y aplicación práctica*, Tesis Doctoral dirigida por LARRAURI PUJAN, E., UAB, Atelier, Barcelona 2007; CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 67-71; BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Penas privativas de derechos», en GRACIA MARTÍN, L., 2016, pp. 66-74; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, pp. 260-270.

⁶²⁶ A pesar de que en principio la suspensión de condenas se prevé para delincuentes primarios, lo cierto es que no es extraño que un interno en prisión pueda tener condenas suspendidas por hechos cometidos con posterioridad a los que originaron su ingreso en prisión. El artículo 80 CP deja cierto margen interpretativo en la valoración del requisito de no concurrencia de antecedentes penales. A la vez, se prevén supuestos específicos en que se obvia el mismo (apartados 3 y 5 del art. 80 CP).

⁶²⁷ MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, pp. 114-115.

nente en un centro penitenciario «debiera rechazarse por tratarse de una pena leve, por su escasa duración y por el hecho de haber nacido como alternativa a la prisión»⁶²⁸. Opinión que comparte, Cervelló Donderis al entender que «supone un retroceso respecto a la finalidad resocializadora de esta pena y su vocación de actuar como alternativa a las penas corta de prisión»⁶²⁹. Ello en tanto «comporta despojar a la pena de localización permanente de aquello que le es más intrínseco y que consiste en una privación de libertad verificada en un lugar no inhóspito para el sujeto»⁶³⁰, desvirtuándose así la propia esencia de la pena⁶³¹.

En definitiva, las prácticas penitenciarias descritas suponen la desnaturalización del sistema de medidas creado y de la alternatividad que con el mismo se pretendía. A pesar de que la doctrina se ha interesado especialmente por el caso de la localización permanente, al tratarse de la única medida respecto de la que el CP prevé su posible cumplimiento en un centro penitenciario, lo cierto es que, de hecho, como hemos visto y pese a no estar previsto en la norma penal, se da la misma situación en relación a la ejecución de trabajos en beneficio de la comunidad y la realización de programas ligados a una suspensión de una condena privativa de libertad, al mismo tiempo que se cumple otra condena de prisión. Por ello, entendemos que las importantes objeciones jurídicas expuestas concurren no sólo para el supuesto en que la localización permanente se cumple en un centro penitenciario, sino para todos los supuestos en que una medida alternativa se cumple a la vez que una pena de prisión.

En esta línea, como destaca cierta Jurisprudencia, a pesar de que desde el punto de vista del artículo 73 CP⁶³² pueda ser compatible ejecutar estas penas y la prisión, por responder las mismas a una naturaleza diferente en los términos del precepto⁶³³, lo cierto es que su aplicación simultánea desoye la justifi-

⁶²⁸ MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, p. 111.

⁶²⁹ CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 43.

⁶³⁰ TORRES ROSELL, N., *InDret*, 2012, p. 16.

⁶³¹ En el mismo sentido que defendemos, TÉLLEZ AGUILERA, A., *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*, Edisofer, Madrid, 2005, advertía en aquel entonces sobre las consecuencias negativas que desde el punto de vista de la naturaleza de la localización permanente producía el entender que el cumplimiento de la pena en «otro lugar designado por el juez» pudiera comportar el ingreso en un centro penitenciario.

⁶³² Según el mismo: «Al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas».

⁶³³ El caso paradigmático es el del cumplimiento de los trabajos en beneficio de la comunidad a la vez que la prisión del modo que hemos expuesto. Ello en tanto la primera se considera pena privativa de derechos y la prisión se define como pena privativa de libertad. No obstante, como señala LEAL MEDINA, J., *Diario La Ley*, 2017, p. 4, el cumplimiento simultáneo del artículo 73 CP también se aplica en los casos de concurrencia de la pena de localización permanente y la pena de prisión, cuando ésta se ejecuta conforme a una modalidad de cumplimiento que así lo permite –tercer grado o libertad condicional–. Por ello,

cación última de las medidas alternativas, que no es otra que evitar la entrada en prisión⁶³⁴.

Los Autos del JVP de Valladolid de 15 de mayo de 2007 y del JVP de Burgos de 21 de mayo de 2010 nos sirven de ejemplo, al denegar la aprobación del plan de ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad en relación a internos en segundo grado. Ello porque la situación de encierro dinamita la finalidad eminentemente no desocializadora de las medidas alternativas. Pero además, para el caso de los trabajos en beneficio de la comunidad, por el fraude que supone validar la actividades que se realizan en el centro en dos sentidos, el tratamental y el que permite su cómputo como jornadas de trabajo realizadas. De acuerdo con los mismos:

«La pena de Trabajos en Beneficio de la Comunidad, que es una pena privativa de derechos, y la pena de prisión, que es una pena privativa de libertad, conforme resulta del Código Penal (art. 73) son compatibles. Ahora bien, esa compatibilidad solo es posible siempre y cuando el régimen de cumplimiento de la segunda lo permita, esto es cuando el cumplimiento de la pena privativa de libertad está sometida a unas pautas tales que su cumplimiento no interfiera la de aquella otra, lo cual solo será factible en el caso de la libertad condicional y también, generalmente, en el caso de los terceros grados.

Se estima que a los penados que cumplen conforme al régimen ordinario y cerrado esa posibilidad está vedada pues supone o bien vaciar de contenido tratamental la pena privativa de libertad, pues el interno en vez de realizar las tareas y actividades inherentes al mismo se dedicarla al cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la Comunidad, o bien justo al contrario, pues si se entiende que ese trabajo forma parte del tratamiento, entonces resultaría que el cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad sería una mera ilusión.

Pero profundizando más, permitir esta simultaneidad en el cumplimiento contraviene la esencia del cumplimiento de la pena privativa de libertad, pues si ésta ha de orientarse a la reeducación y reinserción, conforme al artículo 25 de la Constitución Española, finalidad ésta que es el fin primordial de las Instituciones Penitenciarias, artículo 1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, si el penado se dedica a cumplir otra pena que le ocupa una parte significativa de la jornada (8 horas en este caso), difícilmente cabe entender el porqué de dar preferencia al cumplimiento de una pena que ontológicamente es de menor relevancia que la privativa de libertad.

aún en el caso de que como defiende PEÑARANDA RAMOS, E., «Trabajo en beneficio de la comunidad», en LUZÓN PEÑA, D. M., 2002, p. 1210, la pena de trabajos en beneficio de la comunidad se considerase privativa de libertad, entendemos que cabría su cumplimiento simultáneo con la pena de prisión.

⁶³⁴ Desde el punto de vista doctrina, analiza la problemática que se plantea, CARBALLO CUERVO, M., URBANO CASTRILLO, E., «Pueden cumplirse simultáneamente las penas de prisión y de trabajos en beneficio de la comunidad?», *Boletín Electrónico de Penal*, octubre 2006, pp. 4-11. Igualmente, GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., 2014, pp. 319-320.

Pero es más, desde el punto de vista organizativo, las tareas a encomendar bajo la fórmula de Trabajo en Beneficio de la Comunidad, desde lo que podríamos llamar el respeto al derecho a la reinserción de los demás internos, serían aquellas para las cuales no existiera interno alguno interesado, pues de otra forma resultaría grosero que se beneficiara a un interno, el que simultánea el cumplimiento de la pena de Trabajo en Beneficio de la Comunidad en detrimento y a costa de los restantes.

Y desde luego, de admitirse esta posibilidad en la forma en que se propone, ello implicaría entender que el interno rechaza participar en las actividades propias del tratamiento que tienen lugar en ese horario y que el tiempo que emplee en el cumplimiento de los trabajos en beneficio de la comunidad no pueden considerarse en la esfera tratamental ni mucho menos para otros eventuales beneficios (adelantamiento libertad condicional)»⁶³⁵.

En igual sentido se pronuncia sobre el último aspecto, el AAP de Soria de 4 de septiembre de 2007:

«De la normativa expuesta y aplicando la doctrina del Tribunal Constitucional citada anteriormente, se desprende que la medida adoptada por el Juez de Vigilancia Penitenciaria en las resoluciones recurridas consistente en acordar no aprobar el Plan de Ejecución de la pena de Trabajos en Beneficio de la Comunidad propuesto por los Servicios Sociales Penitenciarios de Soria al estimarlo incompatible con las actividades tratamentales por el interno, es correcta y obedece a la incompatibilidad existente entre la Propuesta de Cumplimiento de Trabajo en Beneficio de la Comunidad con las actividades tratamentales desarrolladas en el Centro Penitenciario por el hoy recurrente, pues que la citada incompatibilidad se debe a las fechas y horarios impuestas por los Servicios Sociales Penitenciarios de Soria –véanse en el expediente de Vigilancia Penitenciaria los folios núms. 1 al 3 y 35 al 37– con las actividades tratamentales desarrolladas por el interno, incompatibilidad que él mismo reconoce y así lo manifiesta en su recurso de reforma –folio núm. 83–. Las normas de régimen interno del Centro Penitenciario no son caprichosas sino que obedecen a motivos de seguridad y a buen orden regimental. Se ha de indicar por ello que no se ha privado al recurrente de ningún derecho sino que se ha aplicado la normativa penitenciaria vigente»⁶³⁶.

Por otro lado, además de esta desnaturalización, las implicaciones que de este proceder se derivan en relación a la ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad van más allá. El hecho de que el art. 49 CP dote a esta pena de un contenido amplio y abierto, favorece sin duda la creatividad en la concreción de la actividad a realizar, y su mejor adaptación no sólo a la realidad social, sino también a la del penado. Sin embargo, en este contexto, y por ese

⁶³⁵ *Jurisprudencia Penitenciaria 2007*, SG. II. PP., Madrid, 2008, pp. 255-256; *Jurisprudencia Penitenciaria 2010*, SG. II. PP., Madrid, 2011, pp. 442-444.

⁶³⁶ *Jurisprudencia Penitenciaria 2007*, SG. II. PP., ob. cit., p. 258.

afán de dar por cumplidas el máximo número de penas, algunas de las tareas que la Administración Penitenciaria viene ofertando no parecen las más adecuadas, poniendo en entredicho incluso las exigencias legales establecidas al efecto⁶³⁷. Como apunta Rubio Lara, no es suficiente que sea la Administración Pública la que facilite el trabajo para entender que éste cumple con los exigentes requisitos que el CP establece al respecto⁶³⁸. En concreto, que la actividad a realizar sea de utilidad pública, que no atente contra la dignidad del penado y que no se supedita a intereses económicos⁶³⁹.

Dos son los ejemplos paradigmáticos de actividades que a nuestro juicio desbordan la definición legal y, sin embargo, se aceptan judicialmente como válidas a fin de cumplir la pena de trabajo en beneficio de la comunidad. En primer lugar, es habitual el empleo de condenados a trabajos en beneficio de la comunidad en los Departamentos de Comunicaciones Exteriores de centros penitenciarios, realizando actividades que implican ciertos conocimientos en materia de seguridad y una confianza especial en quien los ejecuta. Imaginemos la incongruencia que ello supone para el caso concreto en que el condenado hubiera sido además previamente interno. En segundo lugar, de acuerdo con el Convenio suscrito en junio de 2012 entre el CGPJ y el Ministerio del Interior, la participación en ruedas de reconocimiento convalida jornadas de trabajo⁶⁴⁰. Ejemplos en los que pesa más la utilidad penitenciaria que se obtiene que la verdadera contribución comunitaria que la pena pretende y en los que se produce una instrumentalización de los condenados que resuelve algunos problemas del día a día penitenciario, pero que a nuestro juicio resulta inaceptable. Es decir, la actividad se aleja de la actividad pública que se le supone, a la vez que compromete seriamente la dignidad de los penados. A su vez, si bien estas actividades no pretenden una finalidad económica directa, sí que se

⁶³⁷ NUNES APOLINÁRIO, M., «Política Criminal de las sanciones alternativas a la prisión: críticas al discurso oficial», *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, octubre 2008. El autor destaca la arbitrariedad administrativa y judicial que implican muchas de las medidas alternativas a la prisión. La pena de trabajos en beneficio de la comunidad constituye el paradigma al respecto, pues su contenido intrínseco, la propia actividad en que la pena va a consistir, queda al arbitrio de los agentes administrativos y judiciales intervinientes en su ejecución.

⁶³⁸ RUBIO LARA, P. A., *La Ley Penal*, 2017, pp. 9-10.

⁶³⁹ Atendiendo al tenor del artículo 49 CP, los trabajos en beneficio de la comunidad obligan al penado: «(...) a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, que podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas, así como en la participación del penado en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares. Su duración diaria no podrá exceder de ocho horas y sus condiciones serán las siguientes: 2.ª No atentarán a la dignidad del penado (...) 5.ª No se supeditará al logro de intereses económicos (...).».

⁶⁴⁰ SOLAR CALVO, P., «Ruedas y centros penitenciarios: ¿son los tbc la solución?», *Legal Today*, 25.02.14.

supedita a intereses administrativos que deberían quedar al margen del cumplimiento. Sin duda, y como refiere Gascón González, son otras las actividades que han de dar contenido a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad⁶⁴¹.

Lo más paradójico es que aparte de que esta ejecución concurrente de pena privativa de libertad y medidas alternativas no logra la finalidad de estas últimas, se afecta el cumplimiento de la pena privativa de libertad de una manera importante.

3. CONSECUENCIAS DE LA ACUMULACIÓN DEL SISTEMA PENITENCIARIO Y DEL DE MEDIDAS ALTERNATIVAS AL MISMO

Las distorsiones penitenciarias producidas por la acumulación de pena privativa de libertad y medidas alternativas resultado de la situación descrita se manifiestan en dos direcciones. Primero, hacia dentro, en cuanto a la valoración que las Juntas de Tratamiento realizan sobre la evolución de cada interno. Segundo, hacia fuera, teniendo en cuenta lo que el tercer grado por sí sólo permite.

Respecto de lo primero, se discute hasta dónde las Juntas de Tratamiento deben tener en cuenta la concurrencia de medidas alternativas a la hora de conceder un permiso o plantearse el acceso al tercer grado, más allá de su valoración como factor indicativo de la trayectoria delictiva del interno. Especialmente para las medidas que se cumplen en el mismo centro penitenciario, resulta muy complicado que el Equipo Técnico pueda abstraerse de la conducta manifestada por el internos en relación a las mismas. Más aún, si lo que prima en algunas de las medidas es un intento de corregir desviaciones conductuales de los infractores procurando cambios valorativos en adaptación a la norma⁶⁴², la inercia totalizadora de la institución dificulta el deslindar los espacios reservados al tratamiento penitenciario y a los asociados a la ejecución de la propia medida. Sin embargo, esta forma habitual de actuación, por lo

⁶⁴¹ GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., 2014, pp. 244-246, realiza una relación de la normativa que puede ayudar en la definición de lo que se entiende por utilidad pública. Así, la LO 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación, cuyo artículo 32.1 establece los requisitos para que una asociación sea declarada de utilidad pública, la Ley 22/1998, de 6 de julio, reguladora de la prestación social sustitutoria, que recogía ejemplos de actividades de utilidad pública, y la Ley 6/1996, de 15 de enero, del voluntariado que se refiere a actividades de interés general.

⁶⁴² LARRAURI, E. «Populismo punitivo y penas alternativas a la prisión», en BACIGALUPO SAGGESE, S., CANCIO MELIA, M., 2005, p. 302.

inevitable de tener en cuenta el conjunto de actividades que el interno desarrolle en el centro, despierta no pocos problemas jurídicos.

El artículo 25.2 CE establece que «(...) El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria (...). La condena a prisión se erige así en el título habilitante que permite a la Administración Penitenciaria restringir derechos de los internos en aquello que fuera necesario para su ejecución. Sin embargo, al mismo tiempo, la condena recaída constituye también el límite para esas restricciones. De manera que el artículo 106.2 RP, de acuerdo con el artículo 65.2 LOGP, establece que «la progresión en el grado de clasificación dependerá de la modificación positiva de aquellos factores directamente relacionados con la actividad delictiva (...). Es decir, delimita la valoración que se realice sobre la evolución del interno a su relación con el hecho que haya generado el cumplimiento de la condena privativa de libertad, no a la de otros factores adicionales al mismo.

Así, es bastante dudoso que en la valoración que se lleve a cabo de un interno que cumple pena de prisión por un delito contra la Salud Pública, deba tenerse en cuenta su evolución en un programa de violencia de género impuesto como condición de suspensión de la condena. De manera indirecta, se están ampliando las exigencias tratamentales que recaen sobre el mismo, al mezclarse de manera sumamente inconveniente las consecuencias de ambas condenas.

Más allá de lo anterior, la pena de trabajo en beneficio de la comunidad plantea una complicación adicional. De un lado, tenemos que, para que puedan ser impuestos, los trabajos en beneficio de la comunidad han de contar con el consentimiento del condenado⁶⁴³. De otro, sin embargo, concurre la presión institucional que constriñe esa voluntariedad. No olvidemos que la misma institución que concreta la tarea a realizar es la que va a valorar tus posibles salidas al exterior en la trayectoria de ejecución de otra pena diferente.

En la dirección contraria, hacia fuera del sistema y para los casos en que la medida alternativa no ha podido cumplirse en prisión, nos planteamos si, como apunta Mapelli Caffarena⁶⁴⁴, tiene sentido que se conceda el tercer grado a un interno y tenga que someterse a una medida alternativa en el CIS.

⁶⁴³ De acuerdo con el artículo 49 CP: «Los trabajos en beneficio de la comunidad, que no podrán imponerse sin el consentimiento del penado (...)». Dado que no se puede tratar de un trabajo remunerado, esta contractualización de la pena es la única manera con que cuenta el ordenamiento para evitar su asimilación a los trabajos forzados. Sobre esta peculiaridad punitiva, GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., 2014, pp. 236-243.

⁶⁴⁴ MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, p. 114.

Desde el punto de vista de las medidas alternativas, es cierto lo que señalan los Autos del JVP de Valladolid de 15 de mayo de 2007 y del JVP de Burgos de 21 de mayo de 2010 antes comentados. Su ejecución simultánea a la pena privativa de libertad resulta más aceptable si el interno ya ha accedido al tercer grado. Sin embargo, desde la perspectiva de la pena privativa de libertad la acumulación no tiene ningún sentido, pues la medida alternativa restringirá el régimen de semilibertad más allá del que la Junta de Tratamiento ha acordado aplicar.

Y es que, nuestro sistema de ejecución de la pena privativa de libertad incluye periodos de cumplimiento en semilibertad que ya implican una cierta alternatividad a la forma de cumplimiento ordinaria de la pena de prisión y que hace muy difícil distinguir estos de las medidas alternativas a la privación de libertad. Por ello, el hecho de que las medidas alternativas actúen de manera simultánea a la pena privativa de libertad, cuando el interno ya ha accedido al tercer grado, contraría lo que el sistema de ejecución de la pena privativa de libertad puede llevar a cabo por sí solo. Con ello, las medidas alternativas distorsionan el objeto de esas fases de cumplimiento de la pena de prisión que nuestro sistema penitenciario prevé, pues si algo da sentido a las mismas es el disminuir los controles impuestos sobre los penados a medida que se acerca el cumplimiento definitivo de la condena.

A esta confusión contribuye sin duda la ubicación de la gestión de las penas y las medidas alternativas y la gestión propia de la libertad condicional en la misma Subdirección General (art. 5.5 RD 770/2017, de 28 de julio). A pesar de constituir la última fase de cumplimiento de la privación de libertad, la libertad condicional se gestiona por la Subdirección General de Medidas Alternativas. Aspecto que parecía anunciar la reforma de la libertad condicional llevada a cabo por LO 1/2015, en la que la libertad condicional deja de ser un modo de cumplir la pena privativa de libertad y pasa a ser una manera de suspenderla⁶⁴⁵. Con ello, de acuerdo con algunas de las legislaciones de nuestro entorno, pero de manera artificial teniendo en cuenta nuestro sistema ejecución, las últimas fases de cumplimiento de la pena privativa de libertad se van transformando en medidas alternativas a la misma. Tras el RD 952/2018, de 27 de julio, antes mencionado, esta confusión se extiende también al tercer grado, pues su gestión pasa a ser dependiente del mismo órgano gestor que se encarga de las medidas alternativas.

⁶⁴⁵ Sobre cómo la norma ha ido paulatinamente distanciando la libertad condicional del sistema de individualización científica, aproximándola paulatinamente a la suspensión de condena, MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, pp. 190-202.

CAPÍTULO IV

EL CARÁCTER IRRECONOCIBLE DE LA LIBERTAD CONDICIONAL TRAS LA LO 1/2015

1. LA TRANSFORMACIÓN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL: DE CUARTO GRADO PENITENCIARIO A MECANISMO DE SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA CONDENA

Las consecuencias que sobre la libertad condicional tiene la última reforma del CP sitúa lo que hasta ahora era el cuarto grado penitenciario en el centro de la actualidad jurídica. Ya hemos visto cómo las modificaciones normativas introducidas a través de la LO 7/2003, ponen en jaque al tercer grado y con ello importantes cimientos del conjunto sistemático que venimos exponiendo. Pues bien, con la LO 1/2015 le toca ahora su turno a la libertad condicional que ve profundamente trastocada su naturaleza dentro del sistema penitenciario del que aparentemente se aleja. Se profundiza así en lo que se está convirtiendo en una costumbre, la introducción progresiva por parte de sucesivas modificaciones del CP de criterios de ejecución de la condena que atentan contra la naturaleza básica de nuestro sistema penitenciario.

1.1 La libertad condicional en la normativa penitenciaria

De acuerdo con el artículo 72.1 LOGP, «las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de la libertad condicional, conforme determina el Código Penal». Se agradece la claridad de la norma en

cuanto a la ubicación de la libertad condicional en el sistema de individualización científica y la definición de su naturaleza como cuarto grado penitenciario. Sin embargo, esa claridad lleva aparejada cierta simplificación y el precepto no acierta a destacar la especial cualidad jurídica que entraña la libertad condicional frente a los restantes grados de cumplimiento. Aspecto que se complica si tenemos en cuenta que su desarrollo reglamentario induce a cierto error en cuanto a la posible consideración de la libertad condicional como un mero beneficio penitenciario. Por ello, conocer la naturaleza de la libertad condicional requiere de una interpretación de la norma penitenciaria y considerar conjuntamente el sistema global en el que se inserta.

Comenzando por lo que no es, la libertad condicional no es un beneficio penitenciario. Ello a pesar del RP, que en su Título VIII, y bajo la rúbrica «De la libertad condicional y de los beneficios penitenciarios», da a entender lo contrario⁶⁴⁶. Es más, si bien es cierto que el RP aborda el tipo básico de libertad condicional en el Capítulo I del Título sobre la «Libertad condicional», desmintiendo en parte la asimilación que la rúbrica del Título establece, el Capítulo II no deja lugar a dudas, al incluir entre los «Beneficios Penitenciarios», la libertad condicional adelantada y el indulto.

A pesar de la regulación reglamentaria, concurren razones suficientes para sostener la tesis que mantenemos. En primer lugar, la libertad condicional no supone, en ninguna de sus variantes, acortamiento alguno de condena en el sentido de lo que *stricto sensu* implica la concesión de un beneficio penitenciario⁶⁴⁷. Tan es así que la clasificación que el RP realiza se basa en un juego de conceptos que acaba pervirtiéndolos.

⁶⁴⁶ ASENCIO CANTISÁN, H., «Algunas consideraciones en torno a la libertad condicional», *Revista Jurídica La Ley*, n.º 1, 1989, p. 997. Profundizan en el análisis de la figura, PRIETO RODRÍGUEZ, J. I., «La libertad condicional en el derecho español (I y II)», *AP*, t. 1, 1990, pp. 195 y ss.; SÁNCHEZ ILLERA, I., «La libertad condicional. Cuestiones prácticas de su aplicación», *Vigilancia Penitenciaria (VI Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria)*, Madrid, 1993; PELLÚZ ROBLES, L. C., «Consideraciones entorno a la libertad condicional», *Vigilancia Penitenciaria (VIII Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria: 27-29 de septiembre de 1993)*, CGPJ, Madrid, 1994, pp. 185 y ss.; MESTRE DELGADO, E., «Libertad condicional», *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, t. 3, pp. 4016 y ss.; GÓMEZ ARROYO, J. L., «Reflexiones sobre la libertad condicional», *Estudios Jurídicos, Cuerpo de Secretarios Judiciales*, n.º 2, 2000, pp. 115 y ss.; ROBLES GARCÍA, «Consideraciones generales en torno a la libertad condicional. Reglas de conducta. Revocación de la libertad condicional», *XIII Jornadas Penitenciarias Lucenses*, Diputación Provincial de Lugo, 2001, pp. 7 y ss.; VEGA ALOCÉN, M., *La libertad condicional en el Derecho español*, Civitas, Madrid, 2001; MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, pp. 190-202.

⁶⁴⁷ FUENTES OSORIO, J. L., «Períodos de cumplimiento mínimo para el disfrute de beneficios penitenciarios y permisos de salida», en QUINTERO OLIVARES, G., 2015, p. 125.

De acuerdo con el artículo 202.1 RP, «a los efectos de este Reglamento, se entenderá por beneficios penitenciarios aquellas medidas que permiten la reducción de la duración de la condena impuesta en sentencia firme o de la del tiempo efectivo de internamiento». Es la inclusión del segundo inciso la que permite que el apartado 2 del mismo precepto incluya el adelantamiento de la libertad condicional entre los mismos. En concreto, «constituyen, por tanto, beneficios penitenciarios el adelantamiento de la libertad condicional y el indulto particular». Sin embargo, como decimos, no se trata de una clasificación válida desde el punto de vista del significado de beneficio penitenciario, ligado al efectivo acortamiento de la condena⁶⁴⁸.

Lo artificioso de la clasificación reglamentaria se manifiesta en la falta de argumentos para no considerar también beneficios penitenciarios a los permisos penitenciarios, el tercer grado y la libertad condicional concedida cuando se cumplen las tres cuartas partes de la condena, pues todos suponen «reducción de la duración (...) del tiempo efectivo de internamiento» de acuerdo con la terminología del RP⁶⁴⁹.

A su vez, el propio CP, en su artículo 78 CP, contradice la clasificación que el RP realiza, al permitir que para determinados casos de acumulación de condenas los cómputos penitenciarios se hagan sobre el sumatorio total, hace referencia a los «beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional». Es decir, separa los conceptos de beneficio penitenciario y libertad condicional, sin establecer diferenciaciones respecto de esta última⁶⁵⁰.

Más allá de todo ello, considerar la libertad condicional o al menos un tipo de ésta, como beneficio penitenciario al mismo nivel que el indulto, mezcla instituciones de naturaleza procedimental muy diversa. La libertad condicional está lejos de implicar el carácter gracioso que acompaña y caracteriza la filosofía última este tipo de procedimientos, como sucede con el indulto⁶⁵¹. Tanto su procedimiento de concesión, como los parámetros valo-

⁶⁴⁸ Sobre la confusión que genera el precepto, ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F.J. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V., 2006, p. 353.

⁶⁴⁹ En contra de ello, TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, p. 186.

⁶⁵⁰ En concreto: «I. 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».

⁶⁵¹ SOLAR CALVO, P., «El Indulto: una perspectiva penitenciaria», *Legal Today*, 31.07.14.

rativos que determinan la misma aparecen mucho más tasados en la normativa⁶⁵².

En definitiva, el RP es poco afortunado en este punto, con una clasificación de la libertad condicional que acaba teniendo consecuencias aunque sólo sea en el ideario colectivo. A pesar de no suponer acortamiento de condena, ni tratarse de un beneficio de concesión graciosa a los internos, la regulación reglamentaria favorece sin duda que esa sea la imagen que permanezca de ella.

Volviendo al artículo 72 LOGP, hablar de libertad condicional desde la perspectiva penitenciaria equivale a hablar de un modo de cumplimiento de la condena privativa de libertad, siendo el tiempo pasado en ella, tiempo de cumplimiento efectivo. Sin embargo, como decíamos al principio, no se trata de un simple grado más. A diferencia de ellos, su regulación se encuentra principalmente en la norma penal y no en la penitenciaria. A la vez, engloba al tercer grado como requisito propio, dando a entender con ello que el régimen de cumplimiento que establece incluye el concepto de grado pero también lo supera. Finalmente, la intervención del JVP en su aplicación nos confirma una calidad jurídica diferente de la de los grados de tratamiento, que no requieren de la intervención judicial para su concesión.

En el mismo sentido, advierte Mapelli Caffarena:

«Se trata de algo distinto al cuarto grado, en primer lugar porque los requisitos para su aplicación y revocación no tienen mucha relación con los criterios de progresión y regresión de grado, en segundo lugar, porque se otorga por un procedimiento también diferente, y por último, porque su contenido difiere absolutamente del régimen que se corresponde con los grados»⁶⁵³.

⁶⁵² Frente a la exhaustiva regulación sustantiva y procedimental de la libertad condicional tanto en la norma penitenciaria (arts. 72 LOGP y 192 a 201 RP) como en el CP (arts. 90 a 92), el indulto particular aparece regulado únicamente en el artículo 206 RP en los siguientes términos: «1. La Junta de Tratamiento, previa propuesta del Equipo Técnico, podrá solicitar del Juez de Vigilancia Penitenciaria la tramitación de un indulto particular, en la cuantía que aconsejen las circunstancias, para los penados en los que concurran, de modo continuado durante un tiempo mínimo de dos años y en un grado que se pueda calificar de extraordinario, todas y cada una de las siguientes circunstancias: a) Buena conducta. b) Desempeño de una actividad laboral normal, bien en el Establecimiento o en el exterior, que se pueda considerar útil para su preparación para la vida en libertad. c) Participación en las actividades de reeducación y reinserción social. 2. La tramitación del indulto a que se refiere el párrafo anterior se regulará por lo dispuesto en la vigente legislación sobre el ejercicio del derecho de gracia y en las disposiciones que la complementen o modifiquen». A pesar de que el precepto se desarrolla mediante Instrucción 17/2007 DG.II.PP. sobre el beneficio penitenciario de indulto particular, y es de aplicación subsidiaria la Ley del Indulto de 18 junio de 1870 (modificada por Ley 1/1988 y desarrollada en Orden de 10 Septiembre de 1993), se trata de un procedimiento en que los parámetros valorativos y el expediente a tramitar se definen de manera más amplia que los relacionados con la libertad condicional.

⁶⁵³ MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, p. 190.

Por todo ello, se atribuye a la libertad condicional un plus jurídico que la aproxima a la naturaleza de los derechos subjetivos de los internos. Así se interpreta por la mayor parte de la doctrina⁶⁵⁴ y por los JJVP de forma unánime y reiterada⁶⁵⁵.

Sólo así puede entenderse el carácter imperativo con que se expresa el RP respecto del posible acceso a la misma. En este sentido, el artículo 192 RP determina que «los penados clasificados en tercer grado que reúnan los demás requisitos establecidos al efecto en el Código Penal cumplirán el resto de su condena en situación de libertad condicional, conforme a lo dispuesto en dicho Código». Igualmente, el artículo 194 RP que establece que «la Junta de Tratamiento deberá iniciar la tramitación del correspondiente expediente con la antelación necesaria para que no sufra retraso la concesión de este beneficio». Por último, el artículo 198.2 RP cuando dice que «en todo caso, el expediente de libertad condicional deberá tener entrada en el Juzgado de Vigilancia antes del cumplimiento del tiempo requerido de condena, debiendo justificarse, en caso contrario, el retraso de su envío». Como vemos, se infiere de todos ellos el carácter obligatorio no de la concesión de la libertad condicional, pero sí de la valoración de su posible concesión cuando un interno esté en tercer grado y se aproximen las fechas de cumplimiento relevantes a tal efecto⁶⁵⁶.

Es más, como determina el artículo 198.1 RP in fine, el expediente de libertad condicional que ha de remitirse al JVP incluye: «(...) en su caso, propuesta razonada de autorización de la libertad condicional». Es decir, la libertad condicional ha de tramitarse respecto de los internos en tercer grado en todo caso, incluyendo el envío judicial del expediente con independencia de que el informe pronóstico del artículo 67 LOGP sea negativo. Con ello, se otorga una garantía jurídica mayor a su tramitación, pues se asegura en todo caso la valoración judicial del expediente con independencia de que el interno interponga o no recurso contra la resolución que la deniegue.

⁶⁵⁴ Comparándolo con la discusión que también existe en torno a la naturaleza de los permisos ordinarios, ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F.J. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V., 2006, p. 328, exponen esta polémica respecto de la naturaleza de la libertad condicional sobre considerarla auténtico derecho subjetivo condicionado al cumplimiento de determinados requisitos o beneficio de concesión graciosa. Al respecto: «La mayoría de los autores mantienen la primera postura, con la que coincidimos, (...) siendo reducido el número de partidarios de la segunda». Así, RACIONERO CARMONA, F., 1999, p. 219, quien se muestra especialmente crítico con el propio concepto de beneficio penitenciario y sugiere sustituirlo por derechos subjetivos o beneficios-derechos. Incluso FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, pp. 189-192, a pesar de seguir la clasificación reglamentaria y calificar la libertad condicional de beneficio penitenciario, refieren cómo en términos de naturaleza jurídica la libertad condicional es considerada un derecho subjetivo del interno.

⁶⁵⁵ Así se infiere de los acuerdos que refunde BUENO ARÚS, F., 2010, pp. 50 y ss. Igualmente, FERNÁNDEZ BERMEJO, D., MEDINA DÍAZ, O., *Revista Criminalidad*, 2016, p. 106.

⁶⁵⁶ RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, p. 316.

Por tanto, conforme a la normativa penitenciaria, la libertad condicional es «una manera de ejecutar el último periodo de la pena privativa de libertad»⁶⁵⁷ a la que se otorga un status jurídico superior que al resto de grados de cumplimiento. De ahí que, a diferencia de lo que sucede con los permisos o el acceso al tercer grado, cuando estén próximas las tres cuartas partes de la condena, la A. P. deba abordar de oficio el estudio de su posible concesión, con independencia del sentido favorable o desfavorable que el mismo arroje.

1.2 La libertad condicional tras la LO 1/2015

A pesar de que la libertad condicional ya se regulaba en el Título III, Capítulo III del CP bajo el nombre de «De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional», no se consideraba que fuera lo mismo que la sustitución y suspensión de la pena junto a las que aparecía. Con la LO 1/2015 la situación cambia radicalmente, pues no sólo regula como modalidad de suspensión lo que antes era la sustitución de la condena, sino también la propia libertad condicional. En lo referente a ésta última, y de acuerdo con el artículo 90.1 CP «el juez de vigilancia penitenciaria acordará la suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión y concederá la libertad condicional al penado que cumpla los siguientes requisitos:(...)»⁶⁵⁸.

El cambio que se introduce equipara nuestra normativa a la de otros ordenamientos que consideran la última parte de la condena como medida alternativa al cumplimiento⁶⁵⁹. Conforme a ello, los programas *back-end*, esto es, los

⁶⁵⁷ LEGANÉS GÓMEZ, S., 2005, p. 229.

⁶⁵⁸ Sobre este radical cambio en la naturaleza de la libertad condicional y sus relevantes consecuencias, MATA Y MARTÍN, R. M., «Ámbitos de la ejecución penitenciaria afectados por la reforma del Código Penal. A propósito de la LO 1/2015», *Diario La Ley*, n.º 8713, Sección Doctrina, 02.03.16; NISTAL BURÓN, J., «El nuevo régimen jurídico de la libertad condicional en la LO 1/2015 de reforma del Código Penal. De la teoría a praxis penitenciaria», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.5, 2015, pp. 219-238. Con mayor profundidad, GUIASOLA LERMA, C., «Libertad condicional», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.), *Comentarios a la reforma del CP de 2015*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 377-392; SALAT PAISAL, M., «Libertad condicional», en QUINTERO OLIVARES, G., 2015, pp. 189-201; CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 298-324; GRACIA MARTÍN, L., ALASTUEY DOBLÓN, C., «Suspensión de la ejecución, sustitución de las penas privativas de libertad y libertad condicional», en GRACIA MARTÍN, L., 2016, pp. 143-152; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, pp. 199-224; RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, pp. 287-330.

⁶⁵⁹ En nuestro contexto nacional, se consideran medidas alternativas a la prisión únicamente las que son de naturaleza diferente a ésta, es decir, las que afectan bienes jurídicos del condenado diferentes a la libertad o en un modo distinto a como lo hace la pena de prisión. Así, la multa, los trabajos en beneficio de la comunidad o la localización permanente. Lo anterior, sin que nada obste, como hemos visto, para que sean compatibles con la misma, en aplicación del artículo 73 y ss. CP. A la contra, instituciones como el

que acortan el último periodo de estancia en prisión, pasan a considerarse como alternativas a la prisión, siendo cada vez más los autores que admiten el uso del término medida alternativa no sólo para las penas que sustituyen a la prisión, sino también para aquellas que la atenúan⁶⁶⁰. Se trata de la consecuencia de conjugar *populismo punitivo* y *descarcelación*, y su afán de encontrar medidas alternativas suficientemente duras con que contentar a la opinión pública. Por ello, a pesar de implicar un periodo previo de internamiento efectivo, la libertad condicional pasa a catalogarse conceptualmente como alternativa a la pena privativa de libertad en tanto que suspensión de la misma. A su vez, paradójicamente y por esta conversión, su configuración como medida alternativa a la prisión le permite alcanzar un régimen de cumplimiento más severo que el que resultaba de su consideración como periodo de cumplimiento de la pena que ahora viene a sustituir⁶⁶¹.

Son múltiples las voces que se han alzado contra este cambio de naturaleza⁶⁶², destacando por su relevancia y acierto el Informe del Consejo Fiscal

tercer grado y libertad condicional, tal y como se encuentran definidas tradicionalmente en nuestra norma penitenciaria, suponen más una forma de cumplimiento de la pena privativa de libertad, que una alternativa a ésta. A la contra, en otras legislaciones de corte anglosajón, instituciones similares al tercer grado, como la *parole*, sí que se consideran medidas alternativas a la prisión en sentido estricto, a pesar de que por su propia naturaleza implican un periodo previo de cumplimiento de ésta. Lo que hace la última reforma penal es realizar una aproximación a estas latitudes normativas comenzando por la conversión de la libertad condicional en suspensión de condena.

⁶⁶⁰ HUBER, B., «Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad (Sobre la discusión en torno a las penas ambulatorias y de contenido comunitario)», *ADPCP*, t. 47, 1994, pp. 163-176; NELLIS, M., «Community penalties in historical perspective», en BOTTOMS, A., GELSTHORPE, L., REX, S., *Community Penalties*, 2001, p. 19; ALBRECHT, H. J., «Post-Adjudications Dispositions in Comparative Perspective», en TONRY, M., FRASE, R. S., 2001, p. 305.

⁶⁶¹ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *RECPC*, 2017, p. 17, destaca la tendencia generaliza en diversos países al endurecimiento de las condiciones para acceso y mantenimiento de la libertad condicional. En concreto para la reforma que abordamos, PEÑARANDA RAMOS, E., «Informe crítico sobre la reforma del régimen jurídico de la suspensión y sustitución de la pena y de la libertad condicional», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., ANTÓN BOIX, J. R., 2014, p. 49, destaca el endurecimiento que la reforma supone tanto para la libertad condicional en concreto como para los restantes regímenes de suspensión: «Por lo demás, aunque algunas de las modificaciones propuestas se dirigen a facilitar en determinados casos la concesión de la suspensión de la pena o la libertad condicional, la reforma se orienta en general, tan decidida como equivocadamente, hacia el endurecimiento de sus respectivos regímenes de otorgamiento y revocación y, en todo caso, hacia un incremento del control penal ejercido sobre aquellos condenados a los que se lleguen a aplicar». Igualmente, MENDOZA BUERGO, B., «La determinación de la pena, las instituciones individualizadoras y los sustitutivos de las penas privativas de libertad», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., 2015, p. 354.

⁶⁶² Destacan los análisis críticos sobre el anteproyecto que realizan MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «Comentarios a la reforma de la parte general del Código Penal conforme al nuevo anteproyecto de Ley Orgánica (II)», *Diario La Ley*, n.º 7991, Sección Doctrina, 27.12.12; RENART GARCÍA, F., «La libertad condicional en el Anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal», *REP*, in memoriam Profesor Francisco Bueno Arús, 2013, pp. 219-235. Igualmente, en contra de este cambio de naturaleza, VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Las alternativas a la prisión en la reforma de 2015», en LANDA GOROSTIZA, J.-M., 2016, p. 185.

redactado con ocasión del Anteproyecto de la Ley de reforma del CP. Tal y como se refiere en el mismo:

«La empresa de reducir a un régimen jurídico común un mecanismo sustitutivo de la ejecución de la pena privativa de libertad, como es la suspensión, y un elemento tan caracterizado de la ejecución penitenciaria de la pena como es la libertad condicional es sumamente arriesgada, pues ni su fundamento ni su finalidad guardan parentesco o semejanza (...) mientras que la suspensión ha sido concebida desde su implantación en nuestro ordenamiento jurídico a principios del siglo XX como una vía para evitar el ingreso en prisión de delincuentes primarios (...) la libertad condicional constituye una de las fases o grados de la ejecución penitenciaria, el último dentro del sistema de individualización científica. La suspensión parte de la premisa de que no es necesario aplicar al penado un tratamiento penitenciario, que el ingreso en prisión es contraproducente, y que su resocialización se puede lograr en libertad sin contacto con el medio carcelario, en tanto que la libertad condicional es una continuación del tratamiento penitenciario fuera de la institución penitenciaria pero bajo el control de sus servicios sociales y del Juez de Vigilancia»⁶⁶³.

Por todo ello:

«El sentido y finalidad de la institución de la suspensión condicional es claramente distinto al de la libertad condicional, lo que hace tan dificultoso y desaconsejable su reducción a un denominador común, pues en aquella la pena no se ejecuta, lo que conduce a fijar unos plazos de suspensión no vinculados a la duración fijada en sentencia, mientras que en la libertad condicional la pena se ejecuta en una porción considerable –tres cuartos o dos tercios del total, normalmente–, en sentido estricto, (...) lo que conecta necesariamente el plazo de libertad condicional a la porción remanente de pena, toda vez que el período invertido en prisión ha debido producir en el penado el correspondiente efecto intimidativo y resocializador»⁶⁶⁴.

Desoyendo lo anterior, la reforma penal que finalmente se ha llevado a cabo configura la libertad condicional como suspensión del tiempo de condena, en una mezcla un tanto extraña de lo que suponen las alternativas a la prisión y el sistema de individualización científica para la ejecución de la misma. Y decimos mezcla porque a pesar de que la libertad condicional cambia en su encaje jurídico, no lo hace en su contenido y vinculación al sistema de cumplimiento. El resultado que todo ello supone, no deje ser algo extravagante. Y es

⁶⁶³ Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal, 20.12.12, pp. 76-77.

⁶⁶⁴ Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, ob. cit., p. 81. Inciden en la diferente naturaleza jurídica de estas instituciones, SALAT PAISAL, M., «Libertad condicional», en QUINTERO OLIVARES, G., 2015, p. 190; RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, p. 288.

que con el cambio introducido por reforma del CP, la consideración de la libertad condicional como suspensión de condena, casa mal con una LOGP y un RP que no han sido modificados. La libertad condicional, sin dejar de ser lo que hasta ahora era conforme a la norma penitenciaria, adquiere tintes novedosos que casan mal con lo que sosteníamos respecto de ella hasta el momento.

2. LA DIFÍCIL CONCILIACIÓN DE LAS VERSIONES PENAL Y PENITENCIARIA DE LA LIBERTAD CONDICIONAL

Consecuencia de la mezcla normativa de dos naturalezas tan distintas, previsiones hasta el momento válidas y vinculadas intrínsecamente a lo que se entendía por libertad condicional pierden encaje sistemático y con ello, vigencia y sentido⁶⁶⁵. De hecho, cabría plantearse si el apartado segundo de la Disposición Derogatoria Única de la LO 1/2015 que establece que «quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo previsto en esta Ley Orgánica» afecta a la norma penitenciaria referida a la libertad condicional.

La respuesta, no obstante el choque normativo que objetivamente se produce, no es sencilla. Si bien es cierto que el tiempo de libertad condicional se convierte con carácter general en tiempo de suspensión de condena (art. 90.1 CP), también lo es que en caso de no producirse su revocación, el mismo computa como tiempo de cumplimiento en el sentido del artículo 72 LOGP (art. 90.6 CP *a sensu contrario*). Igualmente, y a pesar de que el régimen general de suspensión de condena de los artículos 80 y ss. CP se aplica en bloque a la libertad condicional, se contemplan también previsiones especiales que tienen en cuenta su especial carácter jurídico. Así, el artículo 90.5 CP que especifica al artículo 82.2 CP en cuanto al inicio del cómputo del periodo de suspensión en caso de libertad condicional⁶⁶⁶, o, como luego veremos, el hecho de que sólo se apliquen a la libertad condicional las medidas del artículo 83 CP y no las del artículo 84 CP que regula el nuevo régimen de sustitución. Igualmente, en los aspectos más formales de ubicación sistemática y nomen-

⁶⁶⁵ GRACIA MARTÍN, L., ALASTUEY DOBLÓN, C., «Suspensión de la ejecución, sustitución de las penas privativas de libertad y libertad condicional», en GRACIA MARTÍN, L., 2016, p. 144.

⁶⁶⁶ El artículo 90.5 CP que después de establecer el plazo de suspensión de la libertad condicional, refiere que: «El plazo de suspensión y libertad condicional se computará desde la fecha de puesta en libertad del penado.» Ello a diferencia de la previsión general del artículo 82.2 CP que toma como referencia la fecha de la resolución acordando la suspensión, lo que aplicado a la libertad condicional pierde sentido. Así: «El plazo de suspensión se computará desde la fecha de la resolución que la acuerda. Si la suspensión hubiera sido acordada en sentencia, el plazo de la suspensión se computará desde la fecha en que aquélla hubiere devenido firme».

clatura normativa, Cervelló Donderis advierte que «son varias las diferencias latentes en la reforma que nos permiten mantener que la libertad condicional es algo diferente a la suspensión de la ejecución, como su distinta ubicación –sección 1.ª la suspensión de la ejecución, sección 2.ª la libertad condicional– o sus distintos nombres –suspensión de la ejecución en el artículo 80, suspensión de la ejecución del resto de la pena en el artículo 90–»⁶⁶⁷.

La confusión es tal, que la propia Instrucción 4/2015, que aborda los aspectos de la ejecución penal afectados por la reforma LO 1/2015, refiere concretamente que «estas modificaciones no pueden quedar confinadas en el ámbito del Código Penal, sino que deben proyectarse en una reforma de la Ley Penitenciaria y su Reglamento de desarrollo»⁶⁶⁸ para luego, en tono más conciliador y reclamando una interpretación unívoca en tanto se producen esas modificaciones, referir que «sin embargo, hasta que no se aborden estas reformas normativas, a través de la presente instrucción se dan las indicaciones pertinentes para que sean tenidas en cuenta a partir del 1 de julio por los órganos unipersonales y colegiados de los centros penitenciarios en los cometidos funcionales que les corresponda asumir»⁶⁶⁹.

En ese mismo sentido conciliador entre estas dos versiones de lo que jurídicamente debiera ser lo mismo, Ortega Calderón aboga por una interpretación de lo antiguo en clave de lo nuevo y en esta línea afirma lo siguiente:

«Es momento de empezar a observar la libertad condicional desde una nueva perspectiva, no ya como el último grado del sistema de individualización científica de la clasificación penitenciaria previsto tradicionalmente en nuestra normativa penitenciaria, sino como suspensión de ejecución de la pena, con nuevos presupuestos, principios, consecuencias y cánones interpretativos (...). Es en todo caso ajeno a la consideración tradicional de la libertad condicional (...), pero sin duda alguna que el legislador está reclamando ahora de los operadores jurídicos, especialmente penitenciarios, un cambio radical en sus presupuestos y concepciones en torno a este instituto, de la misma manera que así se está realizando respecto de la construcción de los tipos penales, la responsabilidad penal de las personas jurídicas o la propia configuración de la pena y sus alternativas. En suma, asistimos a un proceso de evolución y especialmente cambio radical de los tradicionales planteamientos sobre los que se ha construido el Derecho Penal que nos obligarán sin duda a un esfuerzo interpretativo que prescinda de las concep-

⁶⁶⁷ CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 300.

⁶⁶⁸ Esto en el mismo sentido que el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, ob. cit., p. 77. En el mismo se refiere la necesidad de abordar modificaciones, como mínimo, en los artículos 17.3, 67.1, 72.1 y 3 y 76.2 b) y c) LOGP.

⁶⁶⁹ Instrucción 4/2015, SG. II. PP., sobre aspectos de la ejecución penal afectados por la reforma del CP en la LO 1/2015, de 30 de marzo, p. 2.

ciones precedentes, pues las mismas puede provocar que tratemos de interpretar con aquéllas claves lo que son nuevas opciones y realidades legislativas»⁶⁷⁰.

Dada la situación a la que la LO 1/2015 nos ha abocado, no queda otra opción que atender estas peticiones conciliadoras. No obstante, la adaptación interpretativa de la libertad condicional, sea ésta temporal, en tanto se producen reformas penitenciarias reclamadas, o definitiva por ausencia de ellas, resulta compleja. En ciertas ocasiones porque el enfrentamiento normativo es frontal, negando los nuevos preceptos penales lo que la norma penitenciario determina. En todas ellas, porque aplicar la lógica de la suspensión de condena a la libertad condicional resulta del todo incongruente. Como refiere Mendoza Buergo:

«La conversión de la libertad condicional en una modalidad de suspensión de la pena de prisión supone una desnaturalización de esta figura, que produce indudables contradicciones e incongruencias (...)»⁶⁷¹.

2.1 Lo ilógico de aplicar la lógica suspensiva a la libertad condicional

El cambio de naturaleza que experimenta la libertad condicional, de tiempo de cumplimiento a periodo alternativo al mismo, viene determinado por los apartados 5 y 6 del artículo 90 CP, que trasladan la lógica de la suspensión de condena a la libertad condicional. Así, el apartado 5 permite que el plazo de suspensión no tenga que estar siempre acotado por el tiempo que reste de cumplimiento de la condena. A la vez que, en aplicación del apartado 6, en caso de revocación de la suspensión y como sucede para el resto de supuestos en que se concede la suspensión de la condena impuesta, el tiempo que hubiera transcurrido desde la concesión de la libertad condicional hasta la revocación de la misma, no computa como tiempo de cumplimiento. Se extiende

⁶⁷⁰ ORTEGA CALDERÓN, J. L., «El nuevo régimen temporal de la libertad condicional en el CP tras la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo», *Diario La Ley*, n.º 8652, Sección Doctrina, 24.11.15, pp. 1 y 7 respectivamente.

⁶⁷¹ MENDOZA BUERGO, B., «La determinación de la pena, las instituciones individualizadoras y los sustitutivos de las penas privativas de libertad», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., 2015, p. 368. En idéntico sentido, PEÑARANDA RAMOS, E., «Informe crítico sobre la reforma del régimen jurídico de la suspensión y sustitución de la pena y de la libertad condicional» en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., ANTÓN BOIX, J. R., 2014, p. 76; CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 300, donde apunta que: «extenderle características propias de la suspensión, como el plazo tasado, produce muchas contradicciones ya que no es lo mismo que se cumpla este periodo al principio de la ejecución como alternativa al ingreso, que cumplirlo al final como alternativa al mantenimiento del encarcelamiento. Como además hasta la fecha no se ha modificado la ley penitenciaria, el resultado es una gran confusión y un régimen dual no suficientemente aclarado».

así lo que la LO 7/2003 introdujo para los delitos de terrorismo y cometidos en el seno de la delincuencia organizada para la generalidad de los supuestos de acceso a la libertad condicional.

2.1.1 UNA LIBERTAD CONDICIONAL QUE VA MÁS ALLÁ DEL TIEMPO DE CONDENA

En concreto y en cuanto a la primera de las modificaciones, el párrafo que cierra el apartado 5 del nuevo artículo 90 CP establece que «el plazo de suspensión de la ejecución del resto de la pena será de dos a cinco años. En todo caso, el plazo de suspensión de la ejecución y de libertad condicional no podrá ser inferior a la duración de la parte de pena pendiente de cumplimiento». Esto es, el plazo de suspensión no podrá ser inferior al tiempo de condena que reste de cumplimiento, pero sí superior al mismo.

Esta nueva regulación penal choca frontalmente con el artículo 201.1 RP que determina que «el período de libertad condicional durará todo el tiempo que falte al liberado para cumplir su condena (...)», por lo que se entiende tácitamente derogado para aquellos casos en que el periodo de suspensión de la condena por concesión de libertad condicional supere el tiempo que restase de cumplimiento, tal y como ahora se permite. Pero más allá de este conflicto normativo, el enfrentamiento estructural de la nueva regulación con el sistema penitenciario se manifiesta también en el propio artículo 90.5 RP, cuya redacción plantea de por sí importantes dudas interpretativas y de aplicación. Como advierte Cervelló Donderis, «esta previsión tasada del periodo de libertad condicional da numerosos problemas de interpretación porque parte de la naturaleza de la libertad condicional como un periodo a prueba similar al de la suspensión, pero olvida que se trata del final del cumplimiento de una pena en fase de ejecución, no de impedir su inicio, y con ello que la pena tiene ya su duración fijada en la sentencia»⁶⁷².

En primer lugar, a pesar de la relevancia de sus consecuencias en la esfera jurídica de los internos afectados, que verán cómo aumenta el periodo de tiempo que permanecen bajo tutela administrativa, el artículo 90.5 CP no aporta criterios en los que basar la decisión del JVP de aumentar el plazo de duración de libertad condicional más allá del tiempo de cumplimiento determinado por la autoridad judicial en sentencia. Más grave aún, por la propia naturaleza de la situación penitenciaria que se regula, es que se torna hartamente complicado

⁶⁷² CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 309.

encontrar parámetros que puedan ayudar en tal decisión. Teniendo en cuenta que el acceso a la libertad condicional se produce tras un periodo del interno en tercer grado, a lo largo del cual éste ha satisfecho las expectativas de buen uso del régimen de semilibertad depositadas en él, no se acierta a saber qué motivos podrán concurrir para tomar, al mismo tiempo, una decisión que le es claramente perjudicial y que se corresponde más bien con una involución tratable. En palabras de Ortega Calderón:

«Es difícil pensar en qué variables pueden concurrir para fijar un plazo de mayor duración, máxime si tenemos en cuenta que el acceso a la libertad condicional se verifica desde el tercer grado, por tanto en una situación en la que si quiera sea por imperativo de la normativa penitenciaria se han removido en el penado ya todos y cada uno de los factores íntimamente vinculados con el delito y su personalidad delincuencia al haber obtenido previamente el tercer grado, siendo precisamente superados los mismos para acceder a la libertad condicional (...) No cabe por lo demás pensar que los mismos criterios que sirvieron para la concesión de la libertad condicional sean ahora factores determinantes para la fijación del plazo de duración de la misma»⁶⁷³.

En segundo lugar, en relación al propio plazo de suspensión en sí, la redacción normativa crea cierta confusión al conjugar límites temporales asociados a la suspensión de condena tradicional –dos a cinco años– con el límite temporal propio de la libertad condicional tal y como se regulaba hasta el momento –lo que resta de cumplimiento-⁶⁷⁴. Parece que lo que se pretende es que el periodo de suspensión sea como mínimo de dos años y, subsidiariamente, el tiempo que reste de condena, de ser este último mayor. A la vez, se otorga al JVP la posibilidad de aumentar el tiempo de suspensión hasta un máximo de cinco años cuando éste periodo sea superior al tiempo restante de cumplimiento. Como refiere parte de la doctrina, aunque con ello perdiera virtualidad esta segunda previsión, habría resultado más acertada y sencilla una redacción del siguiente tipo «la duración de la libertad condicional nunca podrá ser inferior al tiempo de condena que reste por cumplir, sin que en ningún caso pueda ser inferior a dos años»⁶⁷⁵.

La confusión que la nueva situación genera comparativamente con la anterior regulación, y la injusticia material que se va a generar en relación con algunos supuestos, se hace evidente en la valoración que la Instrucción 4/2015 realiza. De acuerdo con ésta:

⁶⁷³ ORTEGA CALDERÓN, J. L., *Diario La Ley*, 2015, p. 3.

⁶⁷⁴ SALAT PAISAL, M., «Libertad condicional», en QUINTERO OLIVARES, G., 2015, p. 198, habla incluso de «chapuza» en relación a esta nueva normativa.

⁶⁷⁵ ORTEGA CALDERÓN, J. L., *Diario La Ley*, 2015, p. 4.

«El plazo de la suspensión de la ejecución del resto de la pena previsto en el punto n.º 5 del reformado artículo 90 CP, plantea una duda cuando establece que será de dos a cinco años y que en todo caso no podrá ser inferior a la duración de la parte de pena pendiente de cumplimiento, ya que ello puede perjudicar a los condenados a penas de menor duración, pues será en ellas donde se producirá el fenómeno de que el plazo de suspensión pueda exceder la duración de la pena restante. En cualquier caso, como quiera que esta es una decisión judicial, lo único que cabe a la Administración Penitenciaria es la de informar de esta circunstancia a los internos»⁶⁷⁶.

Como vemos, de forma un tanto sorprendente y también algo irresponsable, la Instrucción se abstiene de entrar al fondo de las cuestiones que se plantean, dejando al arbitrio judicial la aplicación de la nueva norma. A la vez, sólo alcanza a ver parte de los problemas que se van a suscitar cuando menciona las penas cortas, sin llegar a plantear una problemática que va mucho más allá de la duración de las mismas. Sin duda, las penas cortas de menos de dos años se van a ver intensamente afectadas por esta reforma, pues de producirse el acceso a la libertad condicional, el tiempo de suspensión de la condena será en todo caso igual o superior al tiempo de duración de la condena en sí. Si esto puede tener cierto sentido en una institución como la suspensión, como compensación al hecho de evitar la entrada en prisión, no lo tiene tanto para los supuestos ligados a la libertad condicional en los que dicho ingreso se ha producido y el acceso al régimen de semilibertad que implica se produce tras un tiempo de encierro efectivo.

Pero como decimos, si bien el problema principal pueden protagonizarlo las condenas cortas, la problemática que se plantea va mucho más allá. Con independencia de la dimensión de la pena, el tiempo de duración de la libertad condicional será superior al que reste de cumplimiento en todos los supuestos en que el acceso a la libertad condicional se produzca cuando queden menos de dos años para su licenciamiento definitivo, lo que por otro lado, es bastante habitual⁶⁷⁷. Así, lo reconocen los Fiscales de Vigilancia Penitenciaria en las conclusiones alcanzadas en su reunión de 2016⁶⁷⁸ y, específicamente, el AAP

⁶⁷⁶ Instrucción 4/2015, SG.II.PP., ob. cit., pp. 12-13.

⁶⁷⁷ CID MOLINÉ, J, TEBAR VILCHES, B., concluyen que las dificultades prácticas para el acceso al tercer grado y la libertad condicional provocan que un alto número de la población penitenciaria acabe la condena en segundo grado o acceda a la libertad condicional en fechas próximas al cumplimiento definitivo. Sobre los datos en Cataluña, «Regresión a segundo grado: Causas y Consecuencias», *Boletín de Difusión de Investigaciones*, n.º 64, septiembre 2014. Desde una perspectiva más general, «Libertad condicional y delincuentes de alto riesgo», *REIC*, n.º 8, 2010.

⁶⁷⁸ *Conclusiones de las Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria de 2016*, punto 3, párrafo 1: «El plazo de suspensión de ejecución de la pena (art. 90.5) nunca podrá ser inferior a dos años aunque la duración de la pena que resta materialmente por cumplir fuere inferior».

de Valencia de 05.10.15, que concede la libertad condicional con periodo de suspensión de dos años, cuando quedan diez meses de cumplimiento de una condena de total de un año y ocho meses⁶⁷⁹. Para estos casos, Ríos Martín apunta que se genera «una situación de incertidumbre e inseguridad jurídica difícilmente compatible con el principio de legalidad y únicamente justificable desde la idéntica naturaleza que la suspensión del artículo 80 CP». De ahí que reclame que «esta cuestión debe ser informada por los juristas de los centros penitenciarios a las personas presas que soliciten la libertad condicional y se encuentren en estos supuestos»⁶⁸⁰.

El resultado jurídico es tal que para Cervelló Donderis prolongar «el tiempo de libertad condicional por encima de la extensión de la pena impuesta resulta rechazable al suponer una prolongación de la duración de la pena, incompatible con el principio de seguridad jurídica y el de proporcionalidad» y, por ello, aboga por una interpretación restrictiva de la nueva libertad condicional. De manera que «el periodo de libertad condicional debería tener dos límites de duración: uno fijo, de dos a cinco años, y otro proporcional, ya que no puede ser menor al tiempo que queda por cumplir, por la literalidad del artículo 90, pero tampoco superior a la duración de la condena, porque de ello se derivaría una prolongación indebida del cumplimiento de la pena de prisión»⁶⁸¹. En esta misma línea, Ríos Martín no sólo interpreta que la libertad condicional no puede ir más allá del tiempo restante de condena, sino que «en una interpretación sistemática de la norma en relación con la naturaleza de la suspensión, la interpretación es que el límite máximo es de cinco años, a partir de los cuales, la pena se remite definitivamente como ocurre con la suspensión general»⁶⁸². Propuesta que a juicio del autor, al que nos adherimos, serviría para rebajar y humanizar condenas de duración excesiva –pensemos en refundiciones de pequeñas condenas no susceptibles de la acumulación del art. 76 CP–, haciendo operante el principio de reinserción social también para ellas. Interpretación esta última que también se plantea en sentido contrario.

En este punto y aunque no es mayoría⁶⁸³, destaca la postura del JVP n.º 3 de Madrid que en Auto de 04.12.15 deniega el acceso a la libertad condi-

⁶⁷⁹ *Jurisprudencia Penitenciaria 2015*, SG.II.PP., pp. 275-279.

⁶⁸⁰ RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, p. 326. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ BERMEJO, D., MEDINA DÍAZ, O., *Revista Criminalidad*, 2016, p. 108.

⁶⁸¹ CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 312-313.

⁶⁸² RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, p. 326.

⁶⁸³ *Conclusiones de las Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria de 2016*, punto 3, párrafo 2: «El límite de cinco años sí podrá superarse para hacerlo coincidir con el tiempo de la pena pendiente de cumplimiento cuando éste sea mayor». En el mismo sentido, el punto 10 de los relativos a la libertad condicional, *Criterios y Acuerdo sobre la especialización del JVP*, 2017.

cional por ser el tiempo de suspensión restante necesariamente mayor a los cinco años que la norma establece. Es decir, si conforme a Ríos Martín, el plazo de dos a cinco años ha de tomarse como límite máximo de la libertad condicional y la propia condena, provocando la remisión del tiempo restante de la misma, la resolución que aportamos realiza una interpretación más literal del artículo 90.5 CP para determinar que efectivamente el plazo de suspensión es de dos a cinco años, y que no puede concederse una libertad condicional que supere dicho margen temporal, lo que necesariamente sucede en caso de que al condenado le resten más de cinco años de cumplimiento. En concreto:

«De conformidad, con lo dispuesto en el artículo 90.5 *in fine* del Código Penal, en la redacción dada al mismo por la LO 1/2015, de 30 de marzo, el plazo de suspensión de la ejecución del resto de la pena será de dos a cinco años. En todo caso, el plazo de suspensión de la ejecución y de libertad condicional, no podrá ser inferior a la duración de la parte de pena pendiente de cumplimiento, previsión que es una concreción dentro de los límites mínimo y máximo (de 2 a 5 años), en el sentido de que dentro de esos límites taxativos nunca puede imponerse un plazo inferior a lo que resta la condena, lo que impediría la concesión en el caso de que lo que resta de condena sea superior a cinco años».

De modo que aplicando dicho razonamiento al supuesto que aborda:

«Resulta que el interno cumple una condena de 21 años, y que no cumple la libertad definitiva hasta el 27/07/2023, por lo que restan más de cinco años de cumplimiento de condena, en concreto más de 7 años, por lo que no puede serle concedida la libertad condicional sin incumplir un precepto legal imperativo que establece los límites temporales, pues en ningún caso puede serle impuesto un plazo superior a cinco años, ni menor a lo que le resta de condena. Además como ha señalado la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Valencia en Auto n.º 1093/2015 de 19 de noviembre de 2015, el artículo 90.5 del Código Penal es: “de obligado cumplimiento por su tenor imperativo y por su significado literal claro y excluyente de cualquier otra interpretación (“*in claris non fit interpretatio*”), siendo un problema creado por legislador que a él le corresponde solventar, pues ha establecido una diferenciación clara entre la suspensión de toda la pena regulada en el artículo 80.4 del Código Penal que no está sujeta a requisito alguno, salvo el de no tener suspendida otra condena por el mismo motivo, y la suspensión de la ejecución del resto de la pena y libertad condicional que regula en los artículos 91 del Código Penal, en relación con el 90.4, 5 y 6, sujetándola al cumplimiento de una serie de requisitos entre los que está el plazo al que remite expresamente la norma»⁶⁸⁴.

⁶⁸⁴ AJVP n.º 3 de Madrid de 04.12.15, *Jurisprudencia Penitenciaria 2015*, ob. cit., pp. 292-295.

Por otro lado, la Instrucción tampoco da pistas sobre cómo adaptar las previsiones del artículo 24.2 RP al nuevo supuesto de libertad condicional⁶⁸⁵. Es decir, cómo convertir adecuadamente el licenciamiento definitivo en remisión condicional definitiva. Aspecto especialmente relevante en aquellos supuestos en que el plazo de libertad condicional supere el tiempo estipulado de condena. Para estos casos no se aclara qué momento tomar como punto de referencia para el cómputo de los dos meses que el artículo 24 RP refiere, si el de finalización de condena o, lo que parece más lógico, el de remisión definitiva. Tampoco ayudan los acuerdos alcanzados por los Fiscales de Vigilancia que, de forma genérica, únicamente determinan que «el licenciamiento definitivo en aquellos supuestos en que el plazo de la libertad condicional exceda de la parte de pena pendiente de cumplimiento sólo procederá una vez que el juez de vigilancia haya acordado la remisión de la pena impuesta»⁶⁸⁶. En tono menos conciliador con la norma penitenciaria, prescindiendo absolutamente de su aplicación, los JJVP declaran que «nos encontramos ante un supuesto de suspensión de la condena, en consecuencia, no existe licenciamiento definitivo sino remisión de la pena que realiza el Juzgado que ha acordado la suspensión, poniéndolo en conocimiento del sentenciador»⁶⁸⁷.

La situación se complica aún más si tenemos en cuenta que las previsiones generales establecidas para la suspensión se aplican también a la libertad condicional. Y si bien hay ocasiones en que la norma adapta el régimen general a lo que la libertad condicional reclama⁶⁸⁸, lo habitual es que se aplique el régimen general en bloque, con consecuencias paradójicas que la norma no aclara⁶⁸⁹.

Primero, el artículo 86.2 CP, que permite la prórroga de la suspensión, como mal menor frente a una posible revocación, en los siguientes casos:

«Si el incumplimiento de las prohibiciones, deberes o condiciones no hubiera tenido carácter grave o reiterado, el juez o tribunal podrá:

⁶⁸⁵ De acuerdo con el artículo 24 RP: «Con una antelación mínima de dos meses al cumplimiento de la condena, el Director del establecimiento formulará al Tribunal sentenciador una propuesta de libertad definitiva para el día en que el penado deje previsiblemente extinguida su condena, con arreglo a la liquidación practicada en la sentencia».

⁶⁸⁶ *Conclusiones de las Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria de 2016*, punto 8.

⁶⁸⁷ *Criterios y Acuerdo sobre la especialización del JVP*, 2017, criterio n.º 9 de los relativos a la libertad condicional.

⁶⁸⁸ Como vimos que hacía el artículo 90.5 CP respecto del artículo 82.2 CP para la determinación del inicio del cómputo del periodo de suspensión.

⁶⁸⁹ ORTEGA CALDERÓN, J. L., «La revocación de la libertad condicional tras la LO 1/2015 de 30 de marzo: competencia, partes, causas y efectos», *Diario La Ley*, n.º 8944, Sección Doctrina, 20.03.17, p. 2.

- a) Imponer al penado nuevas prohibiciones, deberes o condiciones, o modificar las ya impuestas.
- b) Prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de la mitad de la duración del que hubiera sido inicialmente fijado».

Aplicando esta previsión al caso específico de la libertad condicional, se aleja aún más el licenciamiento definitivo de la condena, o más bien, su remisión definitiva, de su total fijado en sentencia⁶⁹⁰. A la vez, surgen dudas respecto de su concreta aplicación. Según el artículo 86.2 CP, la decisión de conceder la prórroga corresponde al Juez o Tribunal sentenciador, lo que no tiene ningún sentido en el caso específico de la libertad condicional que atribuye en bloque al JVP las decisiones al respecto⁶⁹¹. A su vez, cabe igualmente preguntarse si el tiempo de prórroga está limitado al máximo límite de cinco años que el apartado 5 del artículo 90 CP impone. Por último, nada se establece sobre si pueden concederse una o varias prórrogas, perpetuando de manera indefinida la vinculación del liberado condicional con la Administración Penitenciaria⁶⁹².

Segundo, en relación a la cancelación de antecedentes penales, la remisión del artículo 90.5 CP al artículo 87 CP, es decir, al régimen habitual de remisión de condenas suspendidas, hace que sean de aplicación para la libertad condicional los preceptos de cancelación de antecedentes penales en los mismos términos que para la suspensión de condena en general. De acuerdo con el artículo 136.2 CP:

«Los plazos a que se refiere el apartado anterior se contarán desde el día siguiente a aquel en que quedara extinguida la pena, pero si ello ocurriese mediante la remisión condicional, el plazo, una vez obtenida la remisión definitiva, se computará retro trayéndolo al día siguiente a aquel en que hubiere quedado

⁶⁹⁰ Por ello y por las dudas interpretativas que plantea, CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 315 señala que: «con esta previsión de nuevo nos encontramos con una disfunción que permite prorrogarse el periodo de libertad condicional, lo que es evidentemente más beneficioso que el reingreso en prisión, pero hubiera sido preferible mantener sólo el cambio o ampliación de medidas, sin afectar al plazo».

⁶⁹¹ ORTEGA CALDERÓN, J. L., *Diario La Ley*, 2017, p. 3.

⁶⁹² Al igual que sucedía para el levantamiento del periodo de seguridad con la referencia del artículo 36 a las «demás partes», el artículo 86.4 CP también hace referencia a las mismas tanto en relación a la revocación de la libertad condicional como a la prórroga del plazo de suspensión: «En todos los casos anteriores, el juez o tribunal resolverá después de haber oído al Fiscal y a las demás partes. Sin embargo, podrá revocar la suspensión de la ejecución de la pena y ordenar el ingreso inmediato del penado en prisión cuando resulte imprescindible para evitar el riesgo de reiteración delictiva, el riesgo de huida del penado o asegurar la protección de la víctima. El juez o tribunal podrá acordar la realización de las diligencias de comprobación que fueran necesarias y acordar la celebración de una vista oral cuando lo considere necesario para resolver». Al respecto, ORTEGA CALDERÓN, J. L., *Diario La Ley*, 2015, p. 10: «Tal vez el concepto de parte no deba interpretarse en sentido estrictamente procesal, permitiendo la entrada en este incidente de la institución penitenciaria a través del organismo que se considere más adecuado según el tipo de regla cuyo incumplimiento deba valorarse, pero también de la víctima, en la forma, alcance y supuestos previstos en el Estatuto de la Víctima aprobado por Ley 4/2015 de 27 de abril». En contra de ello, reiteramos la perspectiva defendida en relación al artículo 36 CP.

cumplida la pena si no se hubiere disfrutado de este beneficio. En este caso, se tomará como fecha inicial para el cómputo de la duración de la pena el día siguiente al del otorgamiento de la suspensión».

Como vemos, el primer inciso del precepto corrige los efectos que sobre la cancelación de antecedentes penales tiene el prolongar el periodo de libertad condicional más allá de la fecha prevista de finalización de condena. Sin embargo, aplicado a la libertad condicional, la referencia final al cómputo de la duración de la pena desde el día siguiente al otorgamiento de la suspensión, retrocede en lo avanzado y supone un régimen mucho más oneroso para ésta que el previsto para el resto de los supuestos de suspensión. De nuevo, lo que puede tener algún sentido para la suspensión de la pena propiamente dicha en la que no se ha producido ingreso en prisión, no tiene ninguno en relación a la libertad condicional cuya aplicación por definición, implica que el interno ha satisfecho una parte importante del tiempo de la condena impuesta.

Finalmente, también por esa remisión en bloque que el artículo 90 CP realiza, Gracia Martín y Alastuey Dobón plantean la cuestión de «si el contenido del artículo 87.2 también es de aplicación en los supuestos de libertad condicional. Aunque es dudoso, parece que también deberá considerarse aplicable, dado que el artículo 90.5 se remite al artículo 87 en su totalidad, con la consecuencia de que si el penado se encontraba cumpliendo una pena de prisión por haber cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia a las sustancias que se enumeran en el artículo 20.2.º, una vez transcurrido el plazo de libertad condicional la remisión de la pena requerirá la acreditación de la deshabitación o la continuidad del tratamiento. De lo contrario, deberá cumplir la pena que le restaba, a no ser que el juez estime necesaria la continuación del tratamiento, en cuyo caso puede prorrogar el plazo de suspensión»⁶⁹³. Otro fleco abierto de una norma que, tal y como está redactada, no deja de plantear dudas y que no conjuga con la naturaleza que, al menos penitenciariamente, la libertad condicional sigue teniendo.

2.1.2 REVOCACIÓN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL Y PÉRDIDA DEL TIEMPO TRANSCURRIDO DURANTE LA «SUSPENSIÓN»

La situación descrita, la consideración del tiempo de libertad condicional como tiempo de suspensión de condena, hace que sea irremediable el segundo

⁶⁹³ GRACIA MARTÍN, L., ALASTUEY DOBÓN, C., «Suspensión de la ejecución, sustitución de las penas privativas de libertad y libertad condicional», en GRACIA MARTÍN, L., 2016, p. 151.

cambio fundamental que el artículo 90.6 CP introduce en el régimen de libertad condicional. Por su propia lógica, si el tiempo en libertad condicional es tiempo de suspensión de condena, la revocación de la misma ha de implicar necesariamente su pérdida a efectos de cumplimiento de la condena impuesta. De acuerdo con el texto legal, «la revocación de la suspensión de la ejecución del resto de la pena y libertad condicional dará lugar a la ejecución de la parte de la pena pendiente de cumplimiento. El tiempo transcurrido en libertad condicional no será computado como tiempo de cumplimiento de la condena». Con este nuevo elemento, la libertad condicional se aleja de nuevo de la normativa penitenciaria, yendo mucho más allá de lo previsto en el RP, cuyo artículo 201.3 se limita a establecer que «en caso de revocación, cuando el interno reingrese en prisión le será de aplicación el régimen ordinario, hasta que por la Junta de Tratamiento se proceda nuevamente a su clasificación».

Igualmente, debido a la aplicación a la libertad condicional de parámetros asociados a la suspensión de la condena, se producen fricciones jurídicas que no siempre encuentran adecuada solución. Comenzando por la remisión que realiza el artículo 90.5 CP, se aplica a la libertad condicional el régimen de revocación previsto en el artículo 86 CP⁶⁹⁴. De acuerdo con el mismo:

«El juez o tribunal revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena cuando el penado:

- a) Sea condenado por un delito cometido durante el período de suspensión y ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida⁶⁹⁵.

⁶⁹⁴ Además de esta remisión que genera diferentes controversias, el párrafo tercero del artículo 90.5 CP contempla que: «Asimismo, el juez de vigilancia penitenciaria revocará la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la libertad condicional concedida cuando se ponga de manifiesto un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada», lo que a juicio de GRACIA MARTÍN, L., ALASTUEY DOBÓN, C., «Suspensión de la ejecución, sustitución de las penas privativas de libertad y libertad condicional», en GRACIA MARTÍN, L., 2016, p. 150, se trata de: «una fórmula sumamente imprecisa, que deja en manos del juez de vigilancia penitenciaria la decisión de revocar la libertad condicional por razones que no quedan claramente especificadas».

⁶⁹⁵ Como refiere MENDOZA BUERGO, B., «La determinación de la pena, las instituciones individualizadoras y los substitutivos de las penas privativas de libertad», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., 2015, p. 359, se trata de una de las excepciones al endurecimiento generalizado que la reforma conlleva, en tanto que exige que para la revocación no sólo concurra la comisión del delito sino que el mismo ponga de manifiesto el decaimiento del pronóstico de comportamiento en que la suspensión se basaba. En el mismo sentido, las *Conclusiones de las Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria de 2016*, punto 7. Por su parte, RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, pp. 309-312, exigen la audiencia del penado para que la previsión normativa pueda tener virtualidad práctica. A nuestro entender, ese plus de antijuridicidad requerido, más allá de lo que de por sí supone la comisión de un delito, implica el reconocimiento tácito del desbordamiento expansivo del Derecho Penal que venimos denunciando.

b) Incumpla de forma grave o reiterada las prohibiciones y deberes que le hubieran sido impuestos conforme al artículo 83, o se sustraiga al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria.

c) Incumpla de forma grave o reiterada las condiciones que, para la suspensión, hubieran sido impuestas conforme al artículo 84.

d) Facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»⁶⁹⁶.

Con ello pareciera que las medidas previstas en el artículo 84 CP, que regulan el régimen de sustitución de la pena privativa de libertad por mediación, multa y trabajos en beneficio de la comunidad, podrían aplicarse a la libertad condicional. Sin embargo, dado que el artículo 90.5 CP se remite expresamente a los artículos 83, 86 y 87 CP sin incluir al artículo 84 CP, interpretamos que sólo son de aplicación las medidas contempladas en el artículo 83 CP⁶⁹⁷. La restricción que, según entendemos, adopta la norma parece

⁶⁹⁶ ORTEGA CALDERÓN, J. L., *Diario La Ley*, 2017, p. 16, entiende que tener en cuenta la responsabilidad civil en esta fase del cumplimiento confirma el fracaso del sistema al resarcir a la víctima en los daños que hubiera sufrido, pues el abono de la responsabilidad civil es requisito para el acceso al tercer grado que, a su vez, es requisito para el acceso a la libertad condicional.

⁶⁹⁷ En concreto, de acuerdo con el artículo 83.1 CP, son las siguientes: «El juez o tribunal podrá condicionar la suspensión al cumplimiento de las siguientes prohibiciones y deberes cuando ello resulte necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos, sin que puedan imponerse deberes y obligaciones que resulten excesivos y desproporcionados: 1.ª Prohibición de aproximarse a la víctima o a aquéllos de sus familiares u otras personas que se determine por el juez o tribunal, a sus domicilios, a sus lugares de trabajo o a otros lugares habitualmente frecuentados por ellos, o de comunicar con los mismos por cualquier medio. La imposición de esta prohibición será siempre comunicada a las personas con relación a las cuales sea acordada. 2.ª Prohibición de establecer contacto con personas determinadas o con miembros de un grupo determinado, cuando existan indicios que permitan suponer fundadamente que tales sujetos pueden facilitarle la ocasión para cometer nuevos delitos o incitarle a hacerlo. 3.ª Mantener su lugar de residencia en un lugar determinado con prohibición de abandonarlo o ausentarse temporalmente sin autorización del juez o tribunal. 4.ª Prohibición de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo, cuando en ellos pueda encontrar la ocasión o motivo para cometer nuevos delitos. 5.ª Comparecer personalmente con la periodicidad que se determine ante el juez o tribunal, dependencias policiales o servicio de la administración que se determine, para informar de sus actividades y justificarlas. 6.ª Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares. 7.ª Participar en programas de deshabituación al consumo de alcohol, drogas tóxicas o sustancias estupefacientes, o de tratamiento de otros comportamientos adictivos. 8.ª Prohibición de conducir vehículos de motor que no dispongan de dispositivos tecnológicos que condicionen su encendido o funcionamiento a la comprobación previa de las condiciones físicas del conductor, cuando el sujeto haya sido condenado por un delito contra la seguridad vial y la medida resulte necesaria para prevenir la posible comisión de nuevos delitos. 9.ª Cumplir los demás deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona».

acertada en tanto que lo contrario confundiría aún más el cumplimiento de la pena privativa de libertad con las medidas alternativas a la misma⁶⁹⁸. Por ello, no podemos estar de acuerdo con Fernández Arévalo y Nistal Burón cuando respaldan la aplicación del artículo 84 CP por la vía de la imposición facultativa del artículo 83.1.9.º CP⁶⁹⁹. Sin embargo, como apuntamos al principio del epígrafe, la discusión da muestra de lo complejo que es conjugar dos naturalezas tan dispares como la suspensión de la condena y la libertad condicional, y de las reservas del legislador al respecto. Y es que si la libertad condicional es suspensión de condena, qué motivos hay para que no se le aplique el mismo régimen que a los restantes supuestos de suspensión, más allá de tener en cuenta que su auténtica naturaleza es otra.

En cuanto a las medidas del artículo 83 CP, a pesar de que se agradecería una mejor expresión técnica de las mismas⁷⁰⁰, la reforma operada en la libertad condicional corrige algunos excesos que se estaban produciendo conforme al anterior artículo 90 CP. La LO 7/2003 aumentó en su apartado segundo el elenco de reglas de conducta y condiciones que el JVP podía incorporar al régimen de liberados condicionales, a propuesta de las Juntas de Tratamiento o más allá de éstas. Si la legislación anterior sólo se refería a las reglas del artículo 105 CP relativas a las medidas de seguridad no privativas de libertad, la reforma de 2003 se remitía al régimen más completo de los artículos 83 y 96.3 CP⁷⁰¹. A pesar de que podía entenderse que se ofrecían así mayores posibilidades de adaptar el régimen de la libertad condicional a la situación y trayectoria del condenado, lo cierto es que se establecía una mezcla desordenada de posibles reglas de conducta, ligadas a la suspensión de la condena y a las medidas de seguridad, que poco tenían que ver entre sí y mucho menos con la libertad condicional⁷⁰².

⁶⁹⁸ Respalda esta interpretación, ORTEGA CALDERÓN, J. L., *Diario La Ley*, 2017, p. 9.

⁶⁹⁹ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., 2016, p. 306.

⁷⁰⁰ PEÑARANDA RAMOS, E., «Informe crítico sobre la reforma del régimen jurídico de la suspensión y sustitución de la pena y de la libertad condicional», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., ANTÓN BOIX, J. R., 2014, p. 65.

⁷⁰¹ Conforme al artículo 90.2 derogado: «El juez de vigilancia, al decretar la libertad condicional de los penados, podrá imponerles motivadamente la observancia de una o varias de las reglas de conducta o medidas previstas en los artículos 83 y 96.3 del presente Código».

⁷⁰² Ejemplo de ello, la remisión en completo al artículo 96 CP permitía que se impusiera como regla de conducta durante la libertad condicional la expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes, pues de acuerdo con el artículo 96.3, 2.º: «La expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España». Así, lo que en un principio podía tener sentido como medida de seguridad no privativa de libertad, resultaba incomprensible para el caso de liberados condicionales. No debemos olvidar que hablamos de internos respecto de los que consta pronóstico favorable de reinserción y arraigo en nuestro país. Esto es, internos que cuentan con permisos especiales de residencia válidos durante el periodo de libertad condicional o bien con posibilidades de pronta regularización una vez finalizado el cumplimiento. De no ser así, es el propio centro penitenciario el que ha de proponer la posibilidad de

No obstante esta mejoría, Ortega Calderón llama la atención sobre el posible *non bis in idem* que puede darse en los casos de violencia de género. Como señala el autor, es habitual que cuando el condenado accede a la libertad condicional, aún pesen sobre él penas accesorias de prohibición de aproximación y comunicación del artículo 57 CP, coincidentes temporal y materialmente con los deberes que el artículo 83.2 CP establece como obligatorios para estos casos. Por ello, se plantea la importante cuestión de si su incumplimiento debe provocar la revocación de la libertad condicional por comisión de un delito de quebrantamiento de condena (letra a) del art. 86 CP), o si dicho incumplimiento debe considerarse referido a las medidas propias de la libertad condicional, siendo necesario por tanto que sea grave y reiterado (letra b) del art. 86 CP)⁷⁰³.

A su vez, y también para los supuestos de violencia de género, los JJVP llaman la atención sobre la necesidad de modular la obligación de imponer en todo caso las medidas del artículo 83.2 CP. Ello porque lleva al absurdo de imponer condiciones como el cumplimiento de programas que el interno ha realizado con aprovechamiento o medidas de alejamiento cuando el interno ha disfrutado ya de comunicaciones y permisos con la víctima del delito al haberse extinguido la medida de alejamiento⁷⁰⁴.

Finalmente en cuanto a las medidas asociadas a la libertad condicional y como vemos que es habitual, se modifica la norma penal sin tener en cuenta la norma penitenciaria, que mantiene la redacción anterior, no sólo a la reforma que ahora comentamos, sino a la introducida por LO 7/2003. De manera que el artículo 195 RP continúa refiriéndose a las reglas enumeradas en el artículo 105 CP como posibles reglas de conducta a proponer por la Junta de Tratamiento en el expediente de libertad condicional. Ello a pesar incluso, de que dicho artículo 105 CP tiene ya poco o nada que ver, en su redacción actual, con la libertad condicional⁷⁰⁵.

disfrute de la libertad condicional en el país de origen tal y como veremos que prevé el artículo 197 RP, o ser los Tribunales Sentenciadores los que procedan a dictar la expulsión como medida sustitutiva del artículo 89 CP en caso de considerarlo oportuno. Se debiera evitar que por una vía totalmente indirecta se retome una cuestión analizada en otro momento procesal y del todo ajena al sentido de la libertad condicional. RECIO JUÁREZ, M., «Claves de la reforma de la expulsión de extranjeros en el Código Penal», *Diario La Ley*, n.º 8602, Sección Doctrina, 10.09.15, p. 2, señala las dudas que esta posibilidad planteaba y que quedan resueltas por la reforma. En idéntico sentido crítico, TAMARIT SUMALLA, J. M., «La reforma de la libertad condicional», en GARCÍA ALBERO, R., TAMARIT SUMALLA, J. M., 2004, pp. 100-106; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, p. 937.

⁷⁰³ ORTEGA CALDERÓN, J. L., *Diario La Ley*, 2017, p. 13.

⁷⁰⁴ *Criterios y Acuerdo sobre la especialización del JVP*, 2017, quinta propuesta de modificación legislativa, relacionada con el criterio n.º 11 de los relativos a la libertad condicional.

⁷⁰⁵ Excepto para la privación del derecho a tenencia y porte de armas y del derecho a conducir vehículo a motor, el precepto refiere la posible aplicación de la libertad vigilada y la custodia familiar, cuya

Por otro lado, más grave que este desfase normativo al que nos estamos acostumbrando, parece la confusión que se deriva de la asignación de competencias que el CP establece para el control de los liberados condicionales por su significado en cuanto a la discutida naturaleza de la libertad condicional⁷⁰⁶. De acuerdo con el artículo 5.1 d) RD 400/2012 de organización del Ministerio del Interior, que, asignando la gestión de los liberados condicionales a la Subdirección General de Penas y Medidas alternativas, avisaba del camino ahora andado por la libertad condicional y de su conversión en medida alternativa, el artículo 83.4 CP deposita el control de los liberados condicionales en los servicios de penas y medidas alternativas de los diferentes centros penitenciarios. Esto es, a los órganos periféricos dependientes de tal Subdirección General. En concreto:

«El control del cumplimiento de los deberes a que se refieren las reglas 6.^a, 7.^a y 8.^a del apartado 1 de este artículo corresponderá a los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria. Estos servicios informarán al juez o tribunal de ejecución sobre el cumplimiento con una periodicidad al menos trimestral, en el caso de las reglas 6.^a y 8.^a, y semestral, en el caso de la 7.^a y, en todo caso, a su conclusión. Asimismo, informarán inmediatamente de cualquier circunstancia relevante para valorar la peligrosidad del penado y la posibilidad de comisión futura de nuevos delitos, así como de los incumplimientos de la obligación impuesta o de su cumplimiento efectivo».

Por el contrario, y como se viene haciendo de manera habitual, el artículo 200 RP asigna el control de los liberados condicionales y el cumplimiento de las condiciones impuestas, sean cuales sean éstas, al CIS al que estos estén adscritos, al disponer lo siguiente:

compatibilidad con los presupuestos y fines de la libertad condicional es escasa. Así: «En los casos previstos en los artículos 101 a 104, cuando imponga la medida privativa de libertad o durante la ejecución de la misma, el Juez o Tribunal podrá imponer razonadamente una o varias medidas que se enumeran a continuación. Deberá asimismo imponer alguna o algunas de dichas medidas en los demás casos expresamente previstos en este Código. 1. Por un tiempo no superior a cinco años: a) Libertad vigilada. b) Custodia familiar. El sometido a esta medida quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el Juez de Vigilancia y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado. 2. Por un tiempo de hasta diez años: a) Libertad vigilada, cuando expresamente lo disponga este Código. b) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas. c) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores. (...)».

⁷⁰⁶ Su asunción por parte de la Administración Penitenciaria se acepta como buena por parte de la Doctrina. Así, MENDOZA BUERGO, B., «La determinación de la pena, las instituciones individualizadoras y los sustitutivos de las penas privativas de libertad», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., 2015, p. 358. No obstante, teniendo en cuenta la confusión que hemos visto que ocasiona, nos preguntamos, de manera general para las medidas alternativas entre las que la libertad condicional se está haciendo su hueco, si tiene sentido su asignación competencial a la misma Administración encargada de la ejecución de aquello a lo que pretenden ser alternativo.

«1. Para su adecuado seguimiento y control, los liberados condicionales se adscribirán al Centro penitenciario o al Centro de Inserción Social más próximo al domicilio en que vayan a residir; 2. El seguimiento y control de los liberados condicionales, hasta el cumplimiento total de la condena o, en su caso, hasta la revocación de la libertad condicional, se efectuará por los servicios sociales penitenciarios del Centro al que hayan sido adscritos, con arreglo a las directrices marcadas por la Junta de Tratamiento correspondiente; 3. Con este fin, la Junta de Tratamiento, como continuación del modelo de intervención de los penados, elaborará un programa individualizado para el seguimiento de los liberados condicionales que se adscriban al Centro penitenciario, que será ejecutado por los servicios sociales del mismo; 4. Las reglas de conducta que imponga, en su caso, el Juez de Vigilancia se incorporarán al programa a que se refiere el apartado anterior; 5. Los informes que soliciten las Autoridades judiciales y los órganos responsables del seguimiento y control de los liberados condicionales se realizarán por los servicios sociales penitenciarios del Centro correspondiente»⁷⁰⁷.

Ante esta situación, la Instrucción trata de mantener el *statu quo* actual haciendo prevalecer «la legislación penitenciaria vigente». En concreto:

«El seguimiento de la libertad condicional se realizará por los departamentos de trabajo social de los CIS o Centros Penitenciarios de adscripción del liberado conforme a lo establecido por la legislación penitenciaria vigente»⁷⁰⁸.

⁷⁰⁷ El precepto actualiza las previsiones del artículo 75 LOGP, perteneciente al Título IV sobre «Asistencia postpenitenciaria», que encuadraba las ayudas y prestaciones concedidas a los excarcelados, liberados condicionales o no, y los controles a los que los liberados condicionales, en tanto que sujetos a tutela administrativa, debían someterse. En concreto: «1. El personal asistencial de la Comisión de Asistencia Social estará constituido por funcionarios que pasarán a prestar sus servicios en el citado órgano, con exclusión de cualesquiera otras actividades que no sean las estrictamente asistenciales. 2. La Comisión de Asistencia Social colaborará de forma permanente con las entidades dedicadas especialmente a la asistencia de los internos y al tratamiento de los excarcelados existentes en el lugar donde radiquen los establecimientos penitenciarios». Como vemos, se trata de un precepto que ha quedado ciertamente anticuado, pues esta labor que se ejercía a través de las antiguas CAS, se encuentra actualmente asumida por los CIS. Todo ello en el contexto de un cambio organizativo ciertamente interesante no exento de consecuencias. Si antes la tutela de los internos en tercer grado y los liberados condicionales estaba completamente separada, asignando a los primeros a Secciones Abiertas y a los segundos a las CAS, hoy se unen en los CIS. Por su parte, la competencia sobre las ayudas sociales a excarcelados, sea cual sea el régimen de esa excarcelación, ha sido asumida por las Comunidades Autónomas de referencia en el lugar donde esté ubicado el CP o CIS en el que esas excarcelaciones se produzcan. La reorganización administrativa nos parece acertada. En primer lugar, se agrupan competencias eminentemente penitenciarias, pues los liberados condicionales, aún excarcelados, siguen sometidos a una tutela administrativa específica. Aspecto que además no resta autonomía al régimen que se les aplica pues responde a criterios de cumplimiento y elementos de intervención administrativa también específicos. En segundo lugar, y en cuanto a las ayudas sociales, se felicita la equiparación y encuadre de su gestión en los órganos comunitarios comunes. Es decir, siguiendo la filosofía de la LOGP, se normaliza lo máximos posible su tramitación y su gestión, haciendo uso de los recursos sociales disponibles para ello, evitando duplicidad administrativa con la creación de órganos penitenciarios propios y la estigmatización que todo ello supone.

⁷⁰⁸ Instrucción 4/2015, SG.II.PP., ob. cit., p. 12. FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, p. 221, fuerzan en su interpretación al RP y la propia Instrucción, haciendo que digan lo que no dicen y alineando su contenido tanto con el CP, como con el RD 400/2012 de organización del Ministerio del In-

Sin embargo, ello plantea no pocas dudas. Primero, porque mantiene la vigencia de un precepto reglamentario claramente contrario a uno legal. Aspecto además contradictorio con otras derogaciones tácitas del RP y la LOGP que como hemos visto, la Instrucción no ha tenido tanto problema en asumir en materias sustantivas que la reforma impone. Segundo, la opción escogida por el artículo 83.4 CP es más acorde con la nueva naturaleza que se asigna a la libertad condicional. Finalmente, porque se trata de un trasvase competencial ya producido en los Servicios Centrales a través del RD 400/2012, y confirmado recientemente en el RD 770/2017, de 28 de julio, que modifica al anterior, al que tan sólo queda acomodar los servicios de gestión periférica. En este punto se manifiesta sin duda lo paradójico del cambio de naturaleza de la libertad condicional que se ha venido gestando. Ello hasta el punto de provocar importantes contradicciones normativas en la designación de los órganos encargados de su control.

Más allá de lo anterior y de las incongruencias concretas que de ello se derivan, aplicar el régimen general de revocación de la suspensión de condena a la libertad condicional tiene como principal consecuencia lo que el apartado 6 del artículo 90 CP especifica: la pérdida del tiempo pasado en dicho periodo dentro del cómputo total de cumplimiento de condena. De este modo, el *principio de unidad de ejecución* del artículo 193 RP deja de tener vigencia en relación a aquellos internos que accedan a la libertad condicional y vuelvan a ingresar en una prisión tras su revocación⁷⁰⁹. El tiempo que hayan permanecido en libertad condicional, será tiempo en suspenso no computable al cumplimiento de la condena. Tiempo que, sin embargo, jugando de nuevo con esa doble naturaleza que la libertad condicional parece adquirir, volverá a ser considerado tiempo de cumplimiento en caso de satisfacerse las condiciones impuestas que permitan la remisión condicional del artículo 87 CP. Un sinsentido que modifica la naturaleza de las instituciones jurídicas al albur de las necesidades coyunturales, sin que sea posible encontrar los criterios que orienten a la generalidad del sistema.

terior. Así, refieren que «en relación con este precepto, y a propósito de la denominación servicios sociales penitenciarios, conviene significar que a estos efectos de control y seguimiento del liberado corresponde actualmente a los servicios de Gestión de Penas y Medidas alternativas». A pesar de que lo lógico es que sea ésta la práctica administrativa que se imponga, ello no obsta para señalar que no es lo que dice la legislación penitenciaria actual.

⁷⁰⁹ FERNÁNDEZ BERMEJO, D., MEDINA DÍAZ, O., *Revista Criminalidad*, 2016, p. 108. Sobre la importancia de este principio en el sistema de individualización científica, al permitir un cumplimiento ordenado y evolutivo conforme a parámetros tratamentales, GARCÍA SAN MARTÍN, J., *La acumulación jurídica de penas*, Accésit Premio Nacional Victoria Kent 2015, Ministerio del Interior, Madrid, 2016, pp. 27-28.

En relación a la revocación de la libertad condicional se muestra especialmente que la imposición de reformas penales sobre estructuras penitenciarias no siempre es lo más conveniente, ni siquiera a los fines que las reformas pretenden. Si lo que se quiere es endurecer las consecuencias del incumplimiento de las condiciones impuestas para la libertad condicional, otras medidas internas a la ejecución penitenciaria hubieran sido más eficaces. Como ejemplo de estas otras posibilidades, en caso de comisión de nuevo delito durante el periodo de libertad condicional, y de imponerse la correspondiente condena antes de la finalización de la que estuviera cumpliendo, la práctica habitual es la refundir o sumar ambas⁷¹⁰. Con ello, la posibilidad de acceso a la libertad condicional en la nueva causa que, no olvidemos, responde a un delito cometido en una libertad condicional previa, se adelanta sensiblemente en el tiempo. Es decir, por pura lógica matemática, el cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena se alcanza antes que si la nueva condena se cumpliera necesariamente por separado. Modificar prácticas como ésta hubiera sido justo y a la par, mucho menos distorsionador de una libertad condicional que tras la reforma queda muy trastocada.

Por último, conjugar los efectos de los apartados 5 y 6 del artículo 90 CP, hace que nos planteemos ciertas dudas sobre el régimen global que resulta de su combinación. Como vimos, la configuración de la libertad condicional como suspensión de condena cambia las reglas del juego, sin que nada obste para su prolongación en el tiempo más allá del que como condena global se hubiera estipulado en sentencia. En este contexto, se duda que sea proporcionado y materialmente justo que conductas que suceden más allá del tiempo total de la condena, impliquen no sólo el reingreso en prisión, sino la pérdida del periodo de tiempo transcurrido⁷¹¹.

⁷¹⁰ Ante la falta de normativa específica, ha acabado imponiéndose el criterio de los JJVP al respecto –criterio 3 de la Reunión XII de 2003. ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F.J. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V., 2006, p. 352.

⁷¹¹ TAMARIT SUMALLA, J. M., «La reforma de la libertad condicional», en GARCÍA ALBERO, R., TAMARIT SUMALLA, J. M., 2004, pp. 112-113, ya advertía de esta falta de proporcionalidad en relación a la redacción anterior dada por LO 7/2003, cuando este efecto de la revocación quedaba restringido a determinados delitos. PEÑARANDA RAMOS, E., «Informe crítico sobre la reforma del régimen jurídico de la suspensión y sustitución de la pena y de la libertad condicional», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., ANTÓN BOIX, J. R., 2014, p. 77, aboga por una aplicación más individualizada de nuevo apartado 6 del artículo 90 CP; Postura que comparten LACAL CUENCA, P., SOLAR CALVO, P., *Diario La Ley*, 2015, p. 13, al considerarla más acorde con el propio fundamento y dinámica de nuestro sistema penitenciario. Igualmente, FERNÁNDEZ BERMEJO, D., MEDINA DÍAZ, O., *Revista Criminalidad*, 2016, p. 108; y CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 314, quien señala que éste es uno de los puntos más críticos de la reforma que deriva en una penalidad injustificada por sí sola, pero también comparativamente con aquellos internos en tercer grado que tan sólo sufrirán los efectos de una regresión sin pérdida del tiempo cumplido.

2.1.3 NUEVO SINSENTIDO SISTEMÁTICO: UNA LIBERTAD CONDICIONAL MÁS ONEROSA QUE EL TERCER GRADO

Los cambios introducidos en la libertad condicional ponen en entredicho la consideración de la misma vigente hasta el momento. Más allá de esto, y desde el punto de vista del sistema penitenciario, se produce una nueva contradicción difícilmente superable.

La flexibilidad de nuestro sistema permite la clasificación en el grado que corresponda a las necesidades y evolución de cada interno sin que, a diferencia de lo que sucede con los sistemas progresivos, sea necesaria una estancia previa en las distintas fases de cumplimiento que contempla (art. 72.3 LOGP). Es decir, se permite una clasificación inicial en tercer grado de tratamiento sin haber tenido que pasar previamente por el segundo y mucho menos, el primero (art. 104.3 RP). Sin embargo, esta flexibilidad no está reñida con el sentido ascendente de esos modos de cumplimiento. De ahí que no se sostenga, desde el punto de vista de la sistemática penitenciaria, que la que en la práctica continúa siendo la última fase de cumplimiento, la libertad condicional, resulte materialmente más gravosa para los internos que el tercer grado: fase inmediatamente anterior a la misma que, además, la libertad condicional incluye como requisito.

El panorama que deja la reforma operada por LO 1/2015 sobre la libertad condicional, y la específica aplicación de los apartados 5 y 6 del artículo 90 CP, supone un cambio revolucionario en su duración y consecuencias. Con la finalidad de aumentar su dureza, se permite que la dependencia administrativa de quien accede a la libertad condicional pueda tener una duración mayor que el tiempo de condena judicialmente estipulado. A la vez que, un mal uso de la misma, tanto por comisión de nuevo delito, como por incumplimiento grave y reiterado de las condiciones que se le hayan impuesto, deriva en la pérdida del tiempo que hubiera transcurrido en dicha situación. Teniendo en cuenta que determinadas modalidades del tercer grado, especialmente la del artículo 86.4 RP, pueden implicar un régimen de cumplimiento asimilado al que puede tener un liberado condicional⁷¹², no será extraño que, por la dureza de las consecuencias de esta nueva libertad condicional, haya internos que prefieran finali-

⁷¹² La libertad condicional, aparte de las medidas del artículo 83 CP que se adicionalmente puedan aplicarse, obliga a presentaciones normalmente quincenales. Frente a ello, el tercer grado impone pernoc-ta en el CIS. Sin embargo, en los supuestos en que se trata de terceros grados del artículo 86.4 RP, el régi-men de unos y otra se asemeja bastante más. Conforme a estos últimos, si bien es cierto que se imponen horarios diarios en los que el interno ha de estar localizado, también se evita el contacto diario con el sis-tema penitenciario.

zar el cumplimiento de la pena privativa de libertad en tercer grado sin acceder a esta nueva libertad condicional⁷¹³. Como ejemplo de ello, el AJVP de Valencia de 14.08.15, donde el interno renuncia a la suspensión de la condena en forma de libertad condicional concedida previamente por Auto de 29.07.15 del mismo Juzgado⁷¹⁴. Supuesto que de hecho que ha empezado a darse y que ha llevado a los Fiscales de Vigilancia Penitenciaria a acordar que:

«El penado puede renunciar a la concesión de la libertad condicional si lo hace antes de que hubiese recaído auto judicial resolviendo sobre la misma»⁷¹⁵.

He ahí la paradoja interna que esta reforma penal provoca: puede ser mucho más conveniente y menos arriesgado finalizar el cumplimiento de condena en régimen abierto que en libertad condicional.

2.1.4 EL AJVP N.º 5 DE MADRID DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2016: CONSECUENCIAS LÓGICAS PERO PENITENCIARIAMENTE INSOSTENIBLES

Más allá de esta confrontación sistemática, las primeras resoluciones que se están produciendo en materia de libertad condicional suponen el mejor ejemplo de lo que venimos exponiendo. Como aventuramos que sucederá en las ocasiones en que se aborden los diferentes aspectos de la reforma, la resolución que comentamos es del todo coherente con la nueva naturaleza de la libertad condicional conforme a la LO 1/2015, pero altamente contraproducente de cara a su aplicación penitenciaria. En concreto, el JVP decide no suspender ni revocar la libertad condicional de un interno, aun mediando nueva causa por hechos anteriores a su concesión. Veamos en profundidad el razonamiento jurídico que se sigue para ello.

En primer lugar, el JVP refiere que conforme a la regulación anterior:

«La libertad condicional se configuraba como un último grado de cumplimiento que se caracterizaba por ser una ficción jurídica al ser un período de cumplimiento de condena, pero que tiene lugar en libertad. Mientras se está en libertad condicional se está cumpliendo condena y dura esta situación hasta la fecha del licenciamiento definitivo. En este caso el ingreso en prisión por una nueva condena firme podía dar lugar a la revocación de la libertad condicional, si

⁷¹³ ORTEGA CALDERÓN, J. L., *Diario La Ley*, 2015, p. 3. Igualmente, CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 313; RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, p. 288.

⁷¹⁴ *Jurisprudencia Penitenciaria 2015*, ob. cit., pp. 285-286. Situación que se ha venido repitiendo, como ejemplo, el AJVP de Santander de 22.01.16, *Jurisprudencia Penitenciaria 2016*, ob. cit., pp. 421-423.

⁷¹⁵ *Conclusiones de las Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria de 2016*, punto 6,

los hechos por los que resultó condenado el liberado condicional habían tenido lugar durante dicho período, a la ampliación de la libertad condicional, previa refundición, si los hechos por los que resultó condenado son anteriores a la libertad condicional y con la nueva condena se siguen cumpliendo los requisitos temporales de la libertad condicional, o bien a la suspensión de la libertad condicional si con la nueva condena no se cumplen esos requisitos temporales, siendo la suspensión una figura de creación jurisprudencial ante la imposibilidad de cumplir la libertad condicional en prisión pero no proceder la revocación al no concurrir causa legal, pudiendo dar lugar una vez cumplidos los requisitos temporales a una ampliación posterior de la libertad condicional».

En segundo lugar, aborda la situación actual tras la reforma y justifica las diferentes consecuencias que se extraen. En relación con ello se advierte:

«La libertad condicional ha pasado a ser un supuesto más de suspensión de condena durante un plazo fijado por la ley, y durante la suspensión no se está cumpliendo condena, por lo que dicho periodo no se computa como de cumplimiento de condena, situación que durará hasta que finalice el plazo fijado (de 2 a 5 años, sin que pueda ser inferior a lo que resta de condena), finalizando esta situación en el mejor de los casos en la fecha prevista de licenciamiento definitivo, si quedan dos años y se fija el plazo mínimo, o cuando termine el plazo, que puede ir más allá de la fecha prevista de licenciamiento definitivo. Como durante el plazo de suspensión, que se computa desde que la libertad condicional se hace efectiva, no se está cumpliendo condena (art. 90.6 CP), el ingreso en prisión por una nueva condena firme sólo tiene incidencia en la libertad condicional si los hechos por los que ha ingresado en prisión se cometieron durante la libertad condicional, pudiendo dar lugar a su revocación con arreglo a lo dispuesto en los artículos 90.5 en relación con el 86.1 CP, siempre que con la comisión del nuevo delito se ponga de manifiesto que la expectativa en que se fundaba la suspensión no pueda ser mantenida, pudiendo, por tanto, no revocarse a pesar de la comisión del nuevo delito. Sin embargo, si los hechos por los que ingresa en prisión son anteriores a la libertad condicional, no queda afectada ésta, porque es perfectamente compatible estar cumpliendo una causa en prisión y tener otra u otras suspendidas, sin que pueda refundirse la nueva causa con las de la libertad condicional porque la refundición exige que se están cumpliendo las causas que se refunden (art. 193.2 RP), y las causas suspendidas no se están cumpliendo, ni, por tanto, plantearse una posible ampliación o suspensión de la libertad condicional, salvo que el liberado condicional renuncie a la libertad condicional, renuncia que sería posible por no ser contra al interés o al orden público ni realizarse en perjuicio de tercero (art. 6 CC), pero teniendo en cuenta que el tiempo que ha permanecido en libertad condicional no se le computaría».

Como adelantábamos, el razonamiento que sigue el Auto resulta impecable conforme a la lógica jurídica que dibuja la nueva libertad condicional. Sin embargo, no casa con las estructuras y realidades penitenciarias sobre las que

irremediablemente se aplica. En primer lugar, vemos cómo, de nuevo, se dinamita el *principio de unidad de ejecución* de las condenas del artículo 193 RP. Ello, sin que el argumento que el JVP n.º 5 de Madrid aporta acerca de que la libertad condicional es tiempo de suspensión no computable al cumplimiento de la condena nos sirva. Como vimos antes, ese tiempo de libertad condicional volverá a ser tiempo de cumplimiento en caso de satisfacerse las condiciones impuestas que permitan la remisión condicional del artículo 87 CP, habiéndose perdido entonces, por esta aplicación purista de lo que es la nueva naturaleza de la libertad condicional, la oportunidad de configurar un modo de cumplimiento más ordenado.

Derivado de lo anterior, por esta aplicación rígida de la nueva configuración de la libertad condicional, se plantean una serie de dudas prácticas a las que aventuramos soluciones igual de insatisfactorias desde el punto de vista penitenciario. Así, pensemos que el interno en libertad condicional, esto es, con la condena inicial suspensa, ingresa en prisión con esa nueva causa que no justifica su revocación y accede al tercer grado o a una nueva libertad condicional. ¿En qué situación se encontraría, cuál sería la causa en suspensión y por tanto en cumplimiento diferido? Del mismo modo, de establecerse plazos diferentes de suspensión para una y otra libertad condicional, de qué manera se computarían, cuál sería el orden de prelación entre ellos. Se trata de preguntas relevantes porque siguiendo la lógica del JVP hasta sus extremos y, siendo compatible el cumplimiento de la nueva causa y el de la antigua que se encuentra suspensa, también es cierto que es posible contar con diferentes causas suspensas corriendo los cómputos temporales para todas ellas. De modo que, se podría dar la paradoja de que lo que antes era cumplimiento de tiempo de condena, materializado en régimen ordinario o libertad condicional, pero pausado temporalmente de modo sucesivo –esto es, un día de prisión o de libertad condicional, sólo servía para cumplir una causa–, pueda servir ahora para descontar tiempo de suspensión de todas las causas en juego a la vez y, por tanto, para el cumplimiento de las condenas que se les asocian de producirse la remisión condicional de todas ellas. Una situación sumamente problemática tanto desde el punto de vista penitenciario como considerando los principios informadores del sistema penal, especialmente, los de igualdad y proporcionalidad.

A su vez, y al no procederse a refundición alguna entre la condena antigua y la nueva, vemos cómo se materializan las dudas que antes advertimos en cuanto al cómputo que necesita el artículo 136.2 CP a efectos de cancelación de los antecedentes penales. Finalmente, se reproduce agravada, la problemática que afecta a la generalidad de los nuevos casos de libertad condicional sobre cómo adaptar las previsiones del artículo 24.2 RP al nuevo supuesto de

libertad condicional. Esto es, como convertir adecuadamente el licenciamiento definitivo en remisión condicional definitiva.

En definitiva, una resolución aparentemente adecuada pero que plantea numerosas dudas respecto una realidad⁷¹⁶ y sobre la que con alto grado de probabilidad será necesaria un pronunciamiento del TS en recurso de casación para la unificación de doctrina o, como reclaman los JJVP, una regulación específica al objeto de poder hacer efectivo el *principio de unidad de ejecución* al menos para casos como el expuesto⁷¹⁷. En tanto esto sucede, nos parece más acertada la solución que aporta Ríos Martín, quien apuesta por la refundición de las condenas para el cálculo de los tiempos de cumplimiento que constituya requisito del tipo de libertad condicional de que se trate. De modo que, de concurrir el requisito temporal, el penado permanecerá en dicha situación⁷¹⁸. En caso contrario, la libertad condicional se revoca temporalmente «hasta que se vuelva a poder plantear cuando el penado alcance las tres cuartas partes o en su caso las dos terceras. Jurídicamente es complicado suspender la suspensión de la pena, pero revocar la libertad condicional en los casos de no comisión de delito, aunque formalmente se haga porque concurren circunstancias que evidencian peligrosidad, será injusto que pueda perder el tiempo transcurrido en libertad condicional»⁷¹⁹.

3. REQUISITOS DE ACCESO A LA LIBERTAD CONDICIONAL: LA SOSPECHOSA DESAPARICIÓN DEL ART. 67 LOGP COMO REQUISITO PENAL PARA LA CONCESIÓN DE LA SUSPENSIÓN

El artículo 90.1 CP, en su versión anterior a la introducida por LO 1/2015, establecía como requisitos de acceso a la libertad condicional tener cumplidas las tres cuartas partes de la condena, estar clasificado en tercer grado de tratamiento, mostrar buena conducta y concurrir pronóstico favorable de reinserción social. Todo ello en los siguientes términos:

⁷¹⁶ Profundiza en el análisis del referido auto, SOLAR CALVO, P., «La libertad condicional antipenitenciaria. Comentario al Auto del JVP n.º 5 Madrid de 03.11.16», *Diario La Ley*, n.º 8873, Sección Jurisprudencia Comentada, 29.11.16. Por su parte, SÁEZ MALCEÑIDO, E., «Tratamiento de las penas sobrevenidas de libertad condicional en la regulación de la LO 1/2015», *Diario La Ley*, n.º 9029, Sección Normativa comentada, pp. 1-12, ofrece una interesante visión de las dos posturas expuestas y los argumentos que las sustentan.

⁷¹⁷ *Criterios y Acuerdo sobre la especialización del JVP*, 2017, sexta propuesta legislativa, en relación al criterio n.º 7 de los relativos a la libertad condicional.

⁷¹⁸ Igualmente, *Conclusiones de las Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria de 2017*, punto 15.

⁷¹⁹ RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, pp. 328-329.

«Se establece la libertad condicional en la pena privativa de libertad para aquellos sentenciados en quienes concurren las circunstancias siguientes:

- a) Que se encuentren en el tercer grado de tratamiento penitenciario.
- b) Que se hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta.
- c) Que hayan observado buena conducta y exista respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido en el informe final previsto en el artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

No se entenderá cumplida la circunstancia anterior si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por el artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

Asimismo, en el caso de personas condenadas por delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades».

Varios son los comentarios que merecía este precepto, que, a pesar de haber sido modificado, nos ayuda a entender los cambios que se han introducido en el mismo. En esta redacción más vinculada a la LOGP que la actual, se incluyen dos requisitos sistemáticos, uno objetivo y otro subjetivo; un tercero temporal de clara vocación objetiva, y un último tradicionalmente penitenciario que de nuevo introduce tintes valorativos subjetivos.

En cuanto a los primeros, los que denominamos requisitos sistemáticos, suponen la inclusión del tercer grado en la libertad condicional y la necesidad de concurrir favorablemente el pronóstico de reinserción social del artículo 67 LOGP. Es decir, como ya hemos adelantado, la libertad condicional se coloca en un tiempo de ejecución posterior al tercer grado, necesitado de sus premisas, pero contando además con las que ese pronóstico de futuro reclama. En concreto, este precepto establece que:

«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».

Al respecto, el legislador penal, enlazando los requisitos del tercer grado con los de la libertad condicional, entiende que no concurre pronóstico favorable si no se satisfacen las exigencias de los apartados 5 y 6 del artículo 72 LOGP introducidos por LO 7/2003 y expuestos al abordar el tercer grado. En sí, la puntualización del artículo 90 CP es reiterativa, pues si uno de los requisitos de la propia libertad condicional es el de estar clasificado en tercer grado y para ello es necesario satisfacer lo establecido en los apartados 5 y 6 del artículo 72, poco sentido tiene exigir su cumplimiento para el acceso a la libertad condicional si ya se incluyen en la propia lógica de la institución⁷²⁰. Sin embargo, la reiteración encuentra sentido dentro del sistema de ejecución. Primero, como recordatorio de la necesidad de comprobar en el momento de concederse la libertad condicional, el mantenimiento de los requisitos que sirvieron para el acceso al tercer grado. Segundo, especialmente para la responsabilidad civil, para proceder a su actualización por la mejora económica que el acceso al tercer grado normalmente conlleva⁷²¹. Por el contrario, no se encuentra ningún sentido lógico, más allá del empeño obsesivo en reclamar su cumplimiento, en la repetición en el párrafo 3 del artículo 90 CP del contenido íntegro del apartado 6 del artículo 72 LOGP, cuando el mismo artículo 90 acaba de exigir-lo en su párrafo inmediatamente anterior.

Por su parte, el criterio temporal, tener cumplidas las tres cuartas partes de la condena, pauta los tiempos de cumplimiento y los generaliza conforme a un criterio de proporcionalidad e igualdad que ayuda a alcanzar aquellos fines de la pena que van más allá de la prevención especial y la complementan⁷²². Que el sistema cuente de por sí con este parámetro de cumplimiento cuantitativo, aporta nuevos argumentos contra el periodo de seguridad y su necesidad. A la vez que, a diferencia del mismo, no impide la flexibilidad del sistema que

⁷²⁰ En este sentido, destacando lo reiterativo y superfluo de su exigencia, CERVELLÓ DONDERIS, V., *La Ley Penal*, 2004, p. 22.

⁷²¹ Así, JUANATEY DORADO, C., *La Ley Penal*, 2004, p. 12; LEGANÉS GÓMEZ, S., 2005, p. 231; TÉLLEZ AGULERA, A., *La Ley*, 2003, p. 1644; FERNÁNDEZ BERMEJO, D., MEDINA DÍAZ, O., *Revista Criminología*, 2016, p. 105.

⁷²² Para su cómputo, el artículo 193 RP aclara algunos aspectos: «Para el cómputo de las tres cuartas partes o, en su caso, dos terceras partes de la pena, se tendrán en cuenta las siguientes normas: 1.ª El tiempo de condena que fuera objeto de indulto se rebajará al penado del total de la pena impuesta, a los efectos de aplicar la libertad condicional, procediendo como si se tratase de una nueva pena de inferior duración; 2.ª Cuando el penado sufra dos o más condenas de privación de libertad, la suma de las mismas será considerada como una sola condena a efectos de aplicación de la libertad condicional. Si dicho penado hubiera sido objeto de indulto, se sumará igualmente el tiempo indultado en cada una para rebajarlo de la suma total». Aporta diferentes supuestos al respecto, RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, pp. 299-304.

venimos destacando, pues los diferentes tipos de libertad condicional que la norma también prevé, suponen excepciones a este requisito que sirven para adaptar la concesión de la libertad condicional a las circunstancias individuales del penado y la evolución que haya mostrado ⁷²³.

Por último, y como requisito tradicionalmente penitenciario, se exige que el interno haya mostrado buena conducta durante su cumplimiento. En cuanto a su objetivación, se repite aquí la misma discusión doctrinal que se produce en relación al requisito de «ausencia de mala conducta» ligado a las concesiones de permiso. Como ocurría para estos, aunque con mayor fuerza y fundamento por el tiempo de cumplimiento al que nos referimos y las libertades que comporta, la mayoría de la doctrina refiere que, aun en presencia de faltas disciplinarias, una evolución del interno adecuada, prolongada y mantenida en el tiempo, justifica la valoración de la concurrencia favorable del requisito de buena conducta. Mapelli Caffarena destaca un matiz importante, al referir que en este momento de cumplimiento la buena conducta cada vez ha de identificarse más con la propia de los ciudadanos que se encuentran en libertad y no la exigible a los internos en centros penitenciarios ⁷²⁴. De manera que en la valoración que se realice habrá de evitarse la equiparación automática, excesivamente simplista, entre buena conducta y ausencia de infracciones disciplinarias vinculadas a la normativa sancionadora de los centros penitenciarios. No obstante, a pesar de esta evolución interpretativa, García Valdés aboga por la supresión del requisito al entender que como tal ya se ha tenido en cuenta para clasificar al interno en tercer grado, siendo en sí mismo un concepto ambiguo cargado de subjetivismo ⁷²⁵.

Siendo estos los antecedentes ¿Cómo se regulan los requisitos de la nueva libertad condicional? ¿Cambian en mucho las previsiones analizadas? A tenor de la redacción dada al apartado 1 de su artículo 90, parecería que no. Un análisis más profundo del mismo, nos dice lo contrario y confirma los augurios que anunciaba su cambio de naturaleza jurídica. En concreto:

⁷²³ Al respecto, por propia lógica del sistema, al incluir la libertad condicional el tercer grado, pero también por aplicación de los cálculos matemáticos, el cumplimiento de las tres cuartas partes implica el del periodo de seguridad que se produce a la mitad de la condena.

⁷²⁴ MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, p. 194. Igualmente, TAMARIT SUMALLA, J. M., «La reforma de la libertad condicional», en GARCÍA ALBERO, R., TAMARIT SUMALLA, J. M., 2004, p. 97; LEGANÉS GÓMEZ, S., 2005, p. 235; RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, p. 305.

⁷²⁵ GARCÍA VALDÉS, C., «Sobre la libertad condicional: dos o tres propuestas de reforma», en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., ROMEO CASABONA, C. M., GRACIA MARTÍN, L., HIGUERA GUIMERÁ, J. F., *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 1067.

«El Juez de Vigilancia Penitenciaria acordará la suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión y concederá la libertad condicional al penado que cumpla los siguientes requisitos:

- a) Que se encuentre clasificado en tercer grado.
- b) Que haya extinguido las tres cuartas partes de la pena impuesta.
- c) Que haya observado buena conducta.

Para resolver sobre la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional, el Juez de Vigilancia Penitenciaria valorará la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas».

Como vemos, parece que todo sigue igual, pues aparentemente, se enumeran los mismos requisitos. Y a pesar de que falta la referencia al pronóstico final del artículo 67 LOGP, bien puede entenderse que el segundo párrafo del apartado, muy similar por otro lado al artículo 102.2 RP sobre los criterios para la clasificación de los internos, se refiere y engloba lo que comúnmente constituye su contenido⁷²⁶. Sin embargo, este cambio es muy relevante.

En primer lugar, en cuanto al contenido del pronóstico, mientras que el artículo 67 LOGP «realiza una proyección hacia el futuro desde el presente, permitiéndose incluir en el informe final requerido tanto los resultados logrados con el tratamiento como un juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro en libertad, con la actual previsión no solo se valoran circunstancias presentes y futuras, sino también otras que forman parte del pasado del penado, como sus antecedentes y las circunstancias del delito cometido, las cuales ya fueron tenidas en cuenta en la sentencia condenatoria»⁷²⁷. De manera que, siguiendo la tónica habitual de las reformas que vienen sucediéndose desde 2003, la prevención general y la retribución por el hecho cometido adquieren mayor relevancia en la asignación de la forma de cumplimiento que la prevención especial positiva y la evolución del interno durante el cumplimiento de la condena.

En segundo lugar, que nada se diga del pronóstico de inserción social del artículo 67 LOGP supone una clara pérdida de encaje de la libertad condicional dentro de la norma penitenciaria, y consiguientemente, una mayor inde-

⁷²⁶ SALAT PAISAL, M., «Libertad condicional», en QUINTERO OLIVARES, G., 2015, pp. 193-194.

⁷²⁷ FERNÁNDEZ BERMEJO, D., MEDINA DÍAZ, O., *Revista Criminalidad*, 2016, p. 107.

pendencia de la misma con lo que supone la ejecución de la condena⁷²⁸. Algo así como un guiño lingüístico a la nueva naturaleza de la libertad condicional que deja de ser tiempo de cumplimiento de la pena privativa de libertad para ser tiempo de suspensión alternativo a la misma.

A su vez, como consecuencia de lo anterior, se produce un choque normativo entre los preceptos penitenciarios que continúan regulando la libertad condicional y esta nueva redacción de sus requisitos en el CP. Así, el artículo 195 RP c), exige que dentro del expediente de libertad condicional⁷²⁹ se incluya «informe pronóstico de integración social, emitido por la Junta de Tratamiento de acuerdo con lo establecido en el artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria». Contradicción normativa que no es anecdótica, pues no sólo plantea dudas sobre si ha de realizarse un informe comprensivo de los factores que el nuevo artículo 90 CP enumera, sino sobre los profesionales que han de realizarlo. Aspecto relevante, que reaviva la discusión que a raíz de la LO 7/2003 se había producido. Recordémosla brevemente.

La reforma de 2003 trató de limitar los profesionales encargados de realizar el pronóstico del artículo 67 LOGP a los miembros de los Equipos Técnicos. Frente a la redacción anterior que permitía al JVP solicitar informes a los profesionales que considerase oportunos, el artículo 90 CP eliminaba esa referencia y con ello, parecía cerrar tal opción, lo que implicaba que en todo caso

⁷²⁸ RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *La ejecución de las penas de prisión permanente revisable y de larga duración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 165.

⁷²⁹ El contenido de dicho expediente se enumera de manera amplia en el artículo 195 RP mencionado que intenta abordar los aspectos penales del interno, junto con los propios de su evolución penitenciaria y su posible contexto de inclusión social y medios para ello. En concreto, incluyendo el pronóstico final del artículo 67 LOGP: «El expediente de libertad condicional habrá de contener, en su caso, los siguientes documentos: a) Testimonio de sentencia o sentencias recaídas y de la correspondiente liquidación de condena; b) Certificación acreditativa de los beneficios penitenciarios y de la clasificación en tercer grado; c) Informe pronóstico de integración social, emitido por la Junta de Tratamiento de acuerdo con lo establecido en el artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria; d) Resumen de su situación penal y penitenciaria, con indicación de las fechas de prisión continuada y de las de cumplimiento de las dos terceras partes y tres cuartas partes de la condena, así como de la fecha de libertad definitiva. Igualmente se indicarán los permisos de salida disfrutados y sus incidencias, así como las sanciones y sus cancelaciones, para lo cual se podrá aportar copia de los ficheros informáticos penitenciarios; e) Programa individual de libertad condicional y plan de seguimiento; f) Acta de compromiso de acogida por parte de su familia, persona allegada o instituciones sociales extrapenitenciarias; g) Manifestación del interesado sobre la localidad en que piensa fijar su residencia y sobre si acepta la tutela y control de un miembro de los servicios sociales del Centro, que informarán sobre las posibilidades de control del interno. En la fijación de la residencia se habrá de tener en cuenta la prohibición de residir en un lugar determinado o de volver a determinados lugares que, en su caso, hubiera impuesto el Tribunal; h) Manifestación del interesado sobre el trabajo o medio de vida de que dispondrá al salir en libertad o, en el supuesto de que no disponga, informe de los servicios sociales sobre la posibilidad de trabajo en el exterior; i) Certificación literal del acta de la Junta de Tratamiento del Establecimiento en la que se recoja el acuerdo de iniciación del expediente a que se refiere el artículo anterior, donde, en su caso, se propondrá al Juez de Vigilancia la aplicación de una o varias de las reglas de conducta previstas en el artículo 105 del Código Penal».

el informe base de la libertad condicional había de salir del centro penitenciario en que el interno cumple condena. Tamarit Sumalla y García Albero criticaron este intento del legislador por la desconfianza que trasluce en el Poder Judicial y que, paralela e inevitablemente, genera. En el mismo sentido, Leganés Gómez refiere cómo la LO 7/2003 no sólo desconfiaba del papel de la Administración Penitenciaria en la ejecución de la pena, sino también del Poder Judicial, al estimar sus atribuciones excesivamente amplias⁷³⁰. Finalmente, y de acuerdo con estas críticas, se interpretó que la ley no quiso cerrar las oportunidades abiertas anteriormente, sino simplemente centralizarlas. Teniendo en cuenta que lo normal es que los condenados hayan pasado previamente un periodo en tercer grado con menor contacto con el centro penitenciario, es muy apropiado que sean otros, como por ejemplo sus empleadores, los que informen sobre su evolución. Lo que sucede es que es el centro penitenciario el que finalmente recaba las diversas informaciones y emite el informe final. Y aún así, se entendió que aunque la ley destacaba el informe del centro penitenciario como fundamental por ser dicha fuente la que más trato tiene con el interno y la que recaba la información referida al mismo durante el tiempo pasado en tercer grado, nada obstaba para que el JVP continuase solicitando otros si lo considera necesario⁷³¹.

Siendo esta la situación antes de la reforma del artículo 90 CP, controvertida de por sí, con la desaparición de la referencia en el CP al artículo 67 LOGP y a su pronóstico final, aspectos que estaban en gran medida consensuados quedan de nuevo en el aire⁷³². De ahí que la Instrucción 4/2015 haya tenido que precisar que la realización del informe sigue siendo necesaria, dando a su realización el carácter abierto que ya se había consolidado. Así:

«Ya se ha mencionado la supresión en la letra c) artículo 90.1 CP de la referencia expresa al informe pronóstico final del art.67 LOGP, y su sustitución por criterios fundamentadores de la decisión del JVP para resolver el incidente de concesión de la libertad condicional como: la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurí-

⁷³⁰ TAMARIT SUMALLA, J. M., «La reforma de la libertad condicional», en GARCÍA ALBERO, R., TAMARIT SUMALLA, J. M., 2004, pp. 96-97; LEGANÉS GÓMEZ, S., 2005, p. 236.

⁷³¹ JUANATEY DORADO, C., *La Ley Penal*, 2004, p. 12, refiere que: «En todo caso, el JVP siempre estaría facultado para solicitar información más precisa en el caso de que lo considere necesario». Igualmente, el criterio acordado al respecto en la reunión de los JJVP de 2004: «El Juez de Vigilancia Penitenciaria, antes de aprobar la libertad condicional que le sea propuesta, o concederla por vía de recurso, podrá solicitar y valorar otros informes distintos al informe pronóstico final establecido en el artículo 67 de la LOGP, el cual en ningún caso le vinculará».

⁷³² Como apunta CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 300-301, «la supresión de la necesidad de pronóstico favorable de reinserción social emitido en el informe final previsto en el artículo 67 de la LOGP ha sido una de las novedades más criticadas».

dicos que podrían verse afectados por la reiteración delictiva, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueran impuestas. Supone, en definitiva, que el Juez debe hacer una valoración positiva sobre la capacidad del interno para respetar la ley penal, que no es otra cosa que establecer un pronóstico de que el interno no va a cometer o no nuevos delitos, es decir, el tradicional pronóstico de reincidencia o reinserción social favorable o desfavorable.

Esta valoración la puede obtener el JVP bien de aquellos expertos que estime convenientes o a través de los miembros del Equipo Técnico de los centros penitenciarios, por consiguiente, el pronóstico de reincidencia contemplado en el artículo 67 LOGP, debe mantenerse en la remisión del expediente administrativo tramitado, lo que por otro lado se corresponde con la función de colaboración con la ejecución jurisdiccional de la pena que incumbe a la Administración Penitenciaria, cuanto más que no consta derogación del art. 67 LOGP, con independencia de su valoración por los JJVP, dado su carácter no vinculante»⁷³³.

Se trata de una interpretación ciertamente forzada pero que la propia incoherencia de la nueva regulación refuerza. Como veremos al abordar la nueva redacción de los tipos de libertad condicional, tras la reforma se exige que concurra pronóstico para la libertad condicional por motivos humanitarios con peligro patente para la vida y para la revisión de la cadena perpetua (arts. 91.3 y 92.1 c) CP respectivamente).

Finalmente, tanto el abono de las responsabilidades civiles como el repudio de la actividad delictiva, conservan su calidad de requisitos para la concesión de la libertad condicional con el matiz reiterativo que antes expusimos⁷³⁴. Inmediatamente después de enumerar los factores a considerar por el JVP, el artículo 90.1 CP recuerda que:

«No se concederá la suspensión si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por los apartados 5 y 6 del artículo 72 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria».

⁷³³ Instrucción 4/2015, SG.II.PP., ob. cit., p. 11.

⁷³⁴ Para CERVELLÓ DONDERIS, 2016, pp. 306-307, la referida reiteración se intensifica por el nuevo apartado 4 del artículo 90 CP y deja de tener el sentido que antes le atribuimos. En concreto: «Un requisito adicional es el pago de la responsabilidad civil en los términos del artículo 76.5 y 6 LOGP para el tercer grado, lo que puede resultar innecesario y reiterativo ya que la clasificación en este grado es necesaria para alcanzar la libertad condicional. Es verdad que las circunstancias pueden haber cambiado, o que el compromiso adquirido en tercer grado puede no haberse cumplido, pero para ello el artículo 90.4 CP ya recoge como causa de denegación no cumplir el compromiso de pago de la responsabilidad civil conforme a su capacidad económica».

A la vez que, respecto de la responsabilidad civil, el apartado 4 del mismo precepto establece que:

«El Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá denegar la suspensión de la ejecución del resto de la pena cuando el penado hubiera dado información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento conforme a su capacidad al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

También podrá denegar la suspensión de la ejecución del resto de la pena impuesta para alguno de los delitos previstos en el Título XIX del Libro II de este Código, cuando el penado hubiere eludido el cumplimiento de las responsabilidades pecuniarias o la reparación del daño económico causado a la Administración a que hubiere sido condenado»⁷³⁵.

Por ello, a pesar de que el artículo 90.1 CP desliga los requisitos del abono de las responsabilidades civiles y el repudio de la actividad delictiva del pronóstico de libertad condicional, al desaparecer éste de su redacción⁷³⁶, la Instrucción 4/2015 refiere que «debe tenerse en cuenta que el JVP puede denegar la suspensión de la ejecución de la condena y no conceder la libertad condicional por los concretos motivos previstos en el artículo 90.4 CP (...) siendo preciso que en el informe pronóstico final que se eleve al Juzgado por la Junta de Tratamiento conste expresamente el cumplimiento de estas circunstancias»⁷³⁷.

Al respecto, cabe añadir dos breves consideraciones finales. Desde el punto de vista penitenciario, a pesar de mantener la inconveniencia de vincular la responsabilidad civil a las mejoras regimentales⁷³⁸, se elogia la introducción del apartado 4 en el artículo 90 CP. Al menos, se mejora la redacción de la norma en lo relativo a la exigencia del abono de la responsabilidad civil, abarcando mejor los supuestos habituales de fraude y exigiendo una actitud proactiva de los condenados. A su vez, aunque no afecta estrictamente a la valoración de este requisito en el acceso al tercer grado, la nueva redacción servirá de orientación en la misma, mejorando también su aplicación. Sin embargo, no se aprecian mejoras en relación al requisito del repudio. A pesar de la reforma penal y las posibilidades de corrección que la misma podría haber abierto, se

⁷³⁵ CERVELLÓ DONDERIS, 2016, p. 308, critica este nuevo apartado que sitúa el peso de la valoración en «aspectos patrimoniales del delito y no sobre las circunstancias personales del sujeto que puedan aconsejar la libertad condicional».

⁷³⁶ FERNÁNDEZ BERMEJO, D., MEDINA DÍAZ, O., *Revista Criminalidad*, 2016, p. 107.

⁷³⁷ Instrucción 4/2015, SG.II.PP., ob. cit., p. 12.

⁷³⁸ SALAT PAISAL, M., «Libertad condicional», en QUINTERO OLIVARES, G., 2015, pp. 192-193, destaca el origen populista del precepto y su escasa aportación al abono de la responsabilidad civil.

conserva la reiteración antes aludida. El apartado 8 del nuevo artículo 90 CP, reproduce de nuevo, de forma superflua y absurda, lo que acaba de exigir el apartado 1 del mismo precepto⁷³⁹.

4. CAMBIOS PROCEDIMENTALES QUE VAN MÁS ALLÁ DEL MERO PROCEDIMIENTO

La tramitación procedimental de la libertad condicional aparece regulada principalmente en el RP. Según el mismo, el procedimiento a seguir consiste en la recopilación de la documentación necesaria por parte del centro penitenciario, determinada en el artículo 195 RP, su elevación al JVP para su valoración, según establece el artículo 198 RP, «1. Concluido el expediente, la Junta de Tratamiento lo elevará al Juez de Vigilancia, haciendo constar los certificados e informes necesarios para acreditar la existencia de los requisitos legales y, en su caso, propuesta razonada de autorización de la libertad condicional; 2. En todo caso, el expediente de libertad condicional deberá tener entrada en el Juzgado de Vigilancia antes del cumplimiento del tiempo requerido de condena, debiendo justificarse, en caso contrario, el retraso de su envío»; y, en caso de concesión, la consiguiente ejecución de la excarcelación del interno, siendo el tratamiento de las circunstancias sobrevenidas muy similar al de las acaecidas en caso de autorización de permiso. En concreto, según el artículo 199 RP, «1. Recibida en el Establecimiento la resolución judicial de poner en libertad condicional a un penado, el Director la cumplimentará seguidamente remitiendo copia al Centro Directivo y dando cuenta a la Junta de Tratamiento en la primera sesión que se celebre; 2. El Director del Establecimiento expedirá al liberado condicional certificado acreditativo de su situación; 3. Si el auto de libertad condicional se recibiera antes de la fecha de cumplimiento prevista, no se procederá a ejecutar la libertad hasta el mismo día de cumplimiento; 4. Si en el tiempo que medie entre la elevación y la fecha de cumplimiento el penado observase mala conducta, se modificase su pronóstico o se descubriera algún error o inexactitud en los informes aportados al expediente, el Director

⁷³⁹ RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, pp. 289-291, aluden cómo su contenido «es difícilmente compatible con el principio de legalidad penal –principio de certeza o determinación y exclusiva protección de bienes jurídicos–, seguridad jurídica. En la interpretación de esta norma intervienen de forma intensa cuestiones extrajurídicas: presión de determinadas asociaciones de víctimas, políticas del Ministerio del Interior y de medios de comunicación». Valoración trasladable al requisito de acceso al tercer grado que le da origen y que influye sin duda en la reiteración que aludimos.

dará cuenta inmediata al Juez de Vigilancia a fin de que éste adopte la resolución que proceda».

Frente ante esta aparente simplicidad, el apartado 7 del nuevo artículo 90 CP supone importantes novedades⁷⁴⁰. En concreto, «el juez de vigilancia penitenciaria resolverá de oficio sobre la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional a petición del penado. En el caso de que la petición no fuera estimada, el juez o tribunal podrá fijar un plazo de seis meses, que motivadamente podrá ser prolongado a un año, hasta que la pretensión pueda ser nuevamente planteada».

Comenzando por su final, se establece un límite de periodicidad temporal a la presentación de solicitudes de libertad condicional por parte de los interesados que trata de corregir uno de los factores que destacamos como distorsionadores de nuestro propio sistema: la absoluta falta de disponibilidad de órganos de control ante cualesquiera peticiones de los internos en centros penitenciarios. Aspecto éste que se ensalza en tanto que pone cerco a la tutela excesivamente paternalista del sistema de protección jurídica del que gozan los internos, a la vez que aporta una cierta dosis de racionalización en un procedimiento penitenciario demasiado abierto y por ello, tendente al desbordamiento. A pesar de unos efectos aparentemente limitadores desde el punto de vista de la capacidad jurídica de quien está preso, lo cierto es que tan sólo ordena ésta al modo de lo que el RP determina para las revisiones de la clasificación⁷⁴¹, impidiendo con ello peticiones reiterativas y extemporáneas carentes de todo sentido.

Por su parte, esta racionalización trae causa en la segunda novedad que el precepto introduce: la posibilidad de iniciar el expediente de libertad condicional a petición del penado⁷⁴², cuando hasta el momento, el inicio de dicho ex-

⁷⁴⁰ Destacan las importantes contradicciones entre la norma penitenciaria y la nueva regulación penal, RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, p. 313.

⁷⁴¹ Según el artículo 105 RP: «1. Cada seis meses, como máximo, los internos deberán ser estudiados individualmente para evaluar y reconsiderar, en su caso, todos los aspectos establecidos en el modelo de individualizado de tratamiento al formular su propuesta de clasificación inicial». A pesar de que para el caso de la clasificación se trata de un procedimiento iniciado de oficio, también es posible que, en función de los arts. 50 LOGP y 53 RP, los internos soliciten su revisión de grado con independencia del momento en que la Administración lo tuviera previsto. En estos casos, el plazo de seis meses actúa como marco de ordenación, bien para denegar la revisión previa si no concurren motivos suficientes para ello, bien para proceder a la misma si el interno aporta argumentos de peso que pudieran hacer reconsiderar la situación.

⁷⁴² Al hablar de los recursos penitenciarios y la Disp. Ad. 5.^a LOPJ, vimos cómo los internos están legitimados para presentar cualesquiera peticiones ante los órganos administrativos y judiciales de gestión y tutela –como ejemplo, las peticiones de adelantamiento de la revisión de clasificación que acabamos de mencionar. Recordando lo entonces apuntado, el artículo 50.1 LOGP determinaba que: «Los internos tienen derecho a formular peticiones y quejas relativas a su tratamiento o al régimen del establecimiento ante el Director o persona que lo represente, a fin de que tome medidas oportunas o, en su caso, las haga llegar a las autoridades u Organismos competentes. Si fueran hechas por escrito, podrán presentarse en

pediente era una obligación de la Administración⁷⁴³. No obstante, el texto no se expresa con mucha claridad al referir que la participación de oficio del JVP se realiza a petición del penado, como si con ello se quisiera vincular el inicio del expediente única y exclusivamente a esa previa petición⁷⁴⁴. Sin embargo, la Instrucción 4/2015, aprovecha la referencia que el precepto realiza a la intervención de oficio del JVP para hacer la lectura contraria y salvar, de manera un poco forzada, el modo en que se venía actuando hasta el momento. Para ello sostiene que esa iniciación de oficio del procedimiento se remite justamente a la previa intervención de la Administración Penitenciaria que conserva su protagonismo⁷⁴⁵.

Pero, esta precisión conciliadora supone una excepción en la interpretación que la Instrucción 4/2015 realiza del nuevo procedimiento. Al margen de la misma, establece una complicada dinámica de actuación administrativa que, a nuestro juicio, va más allá de lo que el artículo 90.7 CP determina y aleja aún más la libertad condicional de sus premisas penitenciarias. En concreto:

«1.º En aquellos supuestos en que concurren los requisitos objetivos para la tramitación del expediente de suspensión de condena por libertad condicional –cumplimiento de 3/4 partes de la condena y clasificación en tercer grado de tratamiento–, previa petición del interno, se procederá a incoar el expediente de libertad condicional con suficiente antelación para que no sufra retraso su concesión estableciendo el informe pronóstico final correspondiente. Si el expediente de libertad condicional contempla un informe pronóstico favorable se elevará al

pliego cerrado, que se entregará bajo recibo». Y, de manera aún más amplia, en cuanto a su contenido, el artículo 53.1 RP refiere que: «Todo interno tiene derecho a formular, verbalmente o por escrito, peticiones y quejas sobre materias que sean competencia de la Administración Penitenciaria, pudiendo presentarlas, si así lo prefiere el interesado, en sobre cerrado, que será entregado bajo recibo». Con ello, parece que se relativiza la novedad que decimos que la LO 1/2015 introduce en el procedimiento de tramitación de la libertad condicional. Sin embargo, a pesar de que es cierto que los internos ya podían solicitar la libertad condicional por sí mismos, dirigiendo la correspondiente petición a las Juntas de Tratamiento o a los órganos judiciales, lo cierto es que la inclusión específica de dicha posibilidad de manera específica le otorga un estatus jurídico superior dentro de las posibilidades de incoación del procedimiento.

⁷⁴³ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, p. 207. Muy crítico con la dejación de funciones que permite a la administración. SALAT PAISAL, M., «Libertad condicional», en QUINTERO OLIVARES, G., 2015, p. 197.

⁷⁴⁴ Al respecto, CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 307, interpreta que «aunque la expresión de oficio a petición del penado es contradictoria, parece que pasa a ser decisión del penado solicitarla o no, quizá ante la posibilidad de su renuncia si no le es favorable». Destacan la incongruencia de la redacción, GRACIA MARTÍN, L., ALASTUEY DOBÓN, C., «Suspensión de la ejecución, sustitución de las penas privativas de libertad y libertad condicional», en GRACIA MARTÍN, L., 2016, p. 149; FERNÁNDEZ BERMEJO, D., MEDINA DÍAZ, O., *Revista Criminalidad*, 2016, p. 109.

⁷⁴⁵ En sentido similar, *Conclusiones de las Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria de 2016*, punto 6, incluyen la posibilidad de que el expediente de libertad condicional se inicia tanto por la Administración como por los interesados, en cuyo caso será preceptivo que el JVP requiera la posterior participación de la Junta de Tratamiento.

JVP; en caso contrario, se le notificará al interno haciéndole saber el derecho que le asiste de impugnación ante el referido JVP.

Si el interno se encontrara en tercer grado y solicitara la libertad condicional adelantada y/o la libertad condicional cualificada y se considerara que no reúne los requisitos, se le notificará así al interno haciéndole saber el derecho que le asiste de impugnación ante el referido JVP. En las siguientes revisiones de grado se valorará la posibilidad o no de elevar el expediente de nuevo si las circunstancias hubieran cambiado.

2.º Si el interno solicita la suspensión de la ejecución de la pena para concesión de la libertad condicional y no cumple los requisitos legales objetivos de tiempo y clasificación se adoptará el acuerdo por la Junta de Tratamiento de no incoar el expediente de libertad condicional, dando cuenta de la solicitud del interno al JVP y poniendo de manifiesto las circunstancias que motivan dicho acuerdo»⁷⁴⁶.

Como vemos, la Instrucción establece que no se enviará el expediente de libertad condicional al JVP cuando se trate de internos en los que concurren los requisitos objetivos para la concesión de la libertad condicional y la Junta de Tratamiento valore que no concurren los requisitos subjetivos. Sin embargo, se contempla esa obligación de puesta en conocimiento al JVP en supuestos en los que no concurren ni siquiera los requisitos objetivos mínimos para la libertad condicional. Esto es, se obliga a la comunicación en los casos en los que la concesión de la libertad condicional es imposible, y se veta la misma para los supuestos en que, ante elementos subjetivos de valoración más discrecional, cabe una mayor arbitrariedad administrativa y más se necesita la supervisión judicial potencialmente discrepante y correctora. El único motivo que parece concurrir para la comunicación a la que la Instrucción obliga es incitar a los JJVP a establecer la limitación temporal a la que nos referíamos al principio, específicamente en estos casos en los que se prevé la comunicación. Una especie de castigo adicional para los internos que hubieran presentado una petición del todo infundada. Sin embargo, se hace con ello uso interesado de la norma que además, produce una sensación paradójica.

Pero, a la vez que paradójico, el nuevo procedimiento de libertad condicional es contrario al artículo 198.1 RP que establece el envío del expediente de libertad condicional al JVP justamente en los casos en los que ahora se veta. Hasta el momento, interpretando *a sensu contrario* su último inciso sobre el contenido del expediente de libertad condicional: «(...) y, en su caso, propuesta razonada de autorización de la libertad condicional», la práctica penitenciaria había sido la de enviar a la Autoridad judicial aquellos

⁷⁴⁶ Instrucción 4/2015, SG.II.PP., ob. cit., p. 10.

expedientes de internos en tercer grado con fechas próximas a la libertad condicional, aunque el pronóstico respecto de la misma fuera desfavorable. Evitar la comunicación al JVP en estos supuestos rebaja las garantías jurídicas que el RP prevé *per se*, con independencia de los recursos que los internos puedan plantear. Indirectamente, por esta misma vía, se rebaja también el carácter jurídico que anteriormente asignábamos a la libertad condicional en comparación con el resto de los grados de tratamiento, alejándose así de su propia definición penitenciaria.

Finalmente, la confusión que el camino escogido por la Instrucción genera se manifiesta en otros aspectos. En primer lugar, producto de la conservación del lenguaje del RP, se produce una contradicción en el segundo supuesto del apartado 1.º de la Instrucción, cuando refiere que la Junta de Tratamiento valorará la nueva elevación del expediente de libertad condicional: difícilmente, si no se ha mandado previamente a su estudio por el JVP, tal y como establece la propia norma, podrá elevarse de nuevo, sino en todo caso, por vez primera.

A su vez, se aprecia una importante falta de sistemática en el hecho de que todos los expedientes iniciados de oficio habrán de contar con petición adicional del interno. Ambos aspectos se exigen al mismo nivel en la redacción que la Instrucción realiza de los supuestos. La novedad que el CP introduce, en lugar de dar lugar a un procedimiento autónomo de tramitación de la libertad condicional que la Instrucción debiera haber abordado con profundidad, queda reducida a mera anécdota por esta peculiar acumulación de exigencias.

5. TIPOS DE LIBERTAD CONDICIONAL: TENDENCIAS QUE SE CONFIRMAN Y OPORTUNIDADES PERDIDAS

Los diferentes tipos de libertad condicional tienen mucho que ver con sus posibilidades adaptativas a las características y evolución que cada interno muestra a lo largo del cumplimiento de la condena. Jugando sus requisitos, especialmente el temporal, se configuran distintos tipos de libertad condicional que tratan de responder a las circunstancias que el interno presenta. Como sucedía con el principio de flexibilidad del artículo 100.2 RP, las posibilidades que la norma otorga son amplias y dignas de alabanza. En esta fase de cumplimiento, alcanzadas suficientes habilidades para vivir en semilibertad, demostradas y consolidadas durante el tiempo en tercer grado, los controles sobre los internos han de ceder en favor de la potenciación de su autonomía. Autonomía

que será mucho mayor cuanto más y mejor se adapten los tiempos de acceso a la libertad condicional a la situación concreta que estos hayan manifestado.

En su redacción anterior a la LO 1/2015, el CP preveía cuatro tipos de libertad condicional diferentes a la libertad condicional a la que el cumplimiento de los requisitos expuestos da lugar. Dos de ellos respondían a una mejor evolución tratamental del interno. Son los supuestos que aparecían en el artículo 91 CP y los más relacionados con la dinámica propia del sistema de individualización científica: la libertad condicional cualificada y la supercualificada. Casos en los que la prevención general cede ante la evolución del interno que determina que sean razones de prevención especial las que se impongan. Los otros tipos se regulaban en el artículo 92 CP y, a pesar de que también se integran en las bases jurídicas de nuestro sistema, toman como fundamento criterios humanitarios, basados en el estado físico de los condenados y la menor capacidad delictiva y peligrosidad criminal que del mismo se deriva. Se trata de la libertad condicional de los enfermos terminales y de los internos septuagenarios y de mayor edad.

La situación tras la reforma mantiene los tipos de libertad condicional descritos, aunque introduce cambios de fondo y forma. Comenzando por estos últimos, se modifica el articulado de la regulación. Así, se amplía el contenido del artículo 90 CP, que pasa a incluir la libertad condicional cualificada y supercualificada en un mismo apartado. Por su parte, se reserva el artículo 91 CP para los tipos de libertad condicional ligados a criterios humanitarios. Finalmente, el anterior artículo 92 CP aborda ahora uno de los nuevos tipos de libertad condicional que la reforma introduce: el de la prisión permanente revisable. El cambio, aunque puede considerarse anecdótico, da lugar a preceptos extensos, como el que resulta de la redacción final del artículo 90 CP, normativamente poco recomendables, pues generan mezcla de conceptos y no ayudan a la claridad expositiva. En el mismo sentido crítico, Peñaranda Ramos, refiere el trastorno que estos cambios provocan sin que compensen los beneficios obtenidos de los mismos ⁷⁴⁷.

⁷⁴⁷ En concreto, PEÑARANDA RAMOS, E., «Informe crítico sobre la reforma del régimen jurídico de la suspensión y sustitución de la pena y de la libertad condicional», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., ANTÓN BOIX, J. R., 2014, p. 57: «Cabe censurar, en primer término, el afán de los autores del Proyecto por trasladar de unos artículos a otros distintos aspectos de la regulación hasta ahora vigente en esta materia, sin que de ello derive en la mayor parte de los casos una ventaja sistemática significativa. Incluso allí donde quepa apreciar alguna mejora de esa índole, es discutible que ello se pueda considerar suficiente para compensar el trastorno que producirá a los distintos operadores jurídicos a la hora de confrontar la regulación precedente y los criterios establecidos en la interpretación jurisprudencial y doctrinal de la misma con los que hayan de resultar, en su caso, de la presente reforma».

5.1 Libertad condicional vinculada a la evolución tratamental del interno

En cuanto a los cambios de fondo y en relación primero a los tipos de libertad condicional vinculados a la evolución tratamental del interno, los ya existentes resultan ligeramente modificados, a la vez que se añade uno nuevo. En concreto, respecto de la libertad condicional cualificada y supercualificada, el artículo 90.2 CP queda redactado como sigue:

«También podrá acordar la suspensión de la ejecución del resto de la pena y conceder la libertad condicional a los penados que cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que hayan extinguido dos terceras parte de su condena.
- b) Que durante el cumplimiento de su pena hayan desarrollado actividades laborales, culturales u ocupacionales, bien de forma continuada, bien con un aprovechamiento del que se haya derivado una modificación relevante y favorable de aquéllas de sus circunstancias personales relacionadas con su actividad delictiva previa.
- c) Que acredite el cumplimiento de los requisitos a que se refiere el apartado anterior, salvo el de haber extinguido tres cuartas partes de su condena.

A propuesta de Instituciones Penitenciarias y previo informe del Ministerio Fiscal y de las demás partes, cumplidas las circunstancias de las letras a) y c) del apartado anterior, el juez de vigilancia penitenciaria podrá adelantar, una vez extinguida la mitad de la condena, la concesión de la libertad condicional en relación con el plazo previsto en el apartado anterior, hasta un máximo de noventa días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena. Esta medida requerirá que el penado haya desarrollado continuamente las actividades indicadas en la letra b) de este apartado y que acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso».

Lo que principalmente diferencia estos tipos de libertad condicional de la libertad condicional al uso es el momento que se estipula para su concesión. Para la versión cualificada de la libertad condicional es suficiente tener cumplidas las dos terceras partes de la condena, mientras que la conocida como libertad condicional supercualificada permite adelantar la concesión 90 días por cada año de cumplimiento, tomando como referencia las dos terceras partes de la condena y siempre que la mitad de ésta haya sido cumplida⁷⁴⁸. Posi-

⁷⁴⁸ Esta libertad condicional fue introducida a través de la LO 7/2003. Teniendo en cuenta el aumento punitivo que la misma supuso y la mayor onerosidad en el cumplimiento, y a pesar de la incongruencia que esta novedad supone en el contexto general de la norma, lo cierto es que la misma se felicita. Noveda-

bilidad esta última cuya redacción continúa resultando bastante farragosa y que por su trascendencia y por lo que su aplicación supone en cuanto a acortamiento de condena, debería ser mejorada⁷⁴⁹.

Los restantes requisitos para el acceso a la libertad condicional, los vinculados a la evolución tratamental del interno, son fácilmente reconducibles a los que se tienen en cuenta para la libertad condicional a las tres cuartas partes, lo que sucede es que o bien han de concurrir en grado más excepcional, o bien son más específicos.

Así, en relación a la libertad condicional cualificada, se exige que la participación en las actividades tratamentales haya sido notable⁷⁵⁰. Como destaca la Instrucción 4/2015, la reforma suprime el matiz de excepcionalidad que la redacción anterior otorgaba a este régimen de libertad condicional, a la vez que se aprecia una mayor flexibilidad valorativa: se permite que las actividades se hayan desarrollado «bien de forma continuada, bien con un aprovechamiento del que haya derivado una modificación relevante y favorable de aquéllas de sus circunstancias personales relacionadas con su actividad delictiva previa»⁷⁵¹.

Por su parte, para el caso de la libertad condicional supercualificada, se requiere no sólo que los internos hayan participado en actividades rehabilitadoras de forma, ahora sí, ininterrumpida y notable, sino también en programas

des como esta recompensan realmente a aquellos condenados con interés en su reintegración y reparación social, configurando un tipo de libertad condicional que recuerda en mucho a la redención por trabajo, pero con un régimen, por el momento, bastante más rígido y controlado. La redención de penas por el trabajo, prevista en el CP de 1973, suponía un instrumento de recompensa muy útil en manos de la Administración Penitenciaria de cara a fomentar buena conducta y comportamientos normalizados entre la población reclusa. Sin embargo, la interpretación judicial que se dio a su concesión, derivó en una generalización indebida de la misma, con acortamientos de condena fuera de total lógica propia de la Justicia. La posterior *doctrina Parot*, su derogación por el TEDH y las excarcelaciones la que todo ello ha dado lugar, tienen mucho más que ver con la mala aplicación de la norma que entonces se hizo. SOLAR CALVO, P., «A vueltas con la doctrina Parot: una aproximación diferente», *Diario La Ley*, n.º 8178, Sección Doctrina, 25.10.13. De modo más resumido, «Doctrina Parot y TEDH: Una aproximación diferente», *Legal Today*, 23.10.13.

⁷⁴⁹ RENART GARCÍA, F., 2004, pp. 219-222; LEGANÉS GÓMEZ, S., 2005, p. 243; FERNÁNDEZ BERMEJO, D., MEDINA DÍAZ, O., *Revista Criminalidad*, 2016, p. 108. Ejemplos de aplicación del cómputo que establece en ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F.J. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V., 2006, pp. 335-341.

⁷⁵⁰ La manera concreta para medir y cuantificar esa excepcionalidad en la participación tratamental, se establece a través de la Instrucción 12/2006, DG. II. PP. sobre programación, evaluación e incentivación de actividades y programas de tratamiento, con las ventajas de homogeneización que conlleva pero también los inconvenientes de las dificultades que la utilización de estas mediciones conlleva en relación a la propia individualización de la pena.

⁷⁵¹ Instrucción 4/2015, SG.II.PP., ob. cit., p. 6. Como decimos, el artículo 91.1 CP anterior, limitaba este tipo de libertad condicional para casos en que: «Excepcionalmente, (...) los sentenciados a penas privativas de libertad que hayan extinguido las dos terceras partes de su condena (...) merezcan dicho beneficio por haber desarrollado continuadamente actividades laborales, culturales u ocupacionales». Destacan el cambio, SALAT PAISAL, M., «Libertad condicional», en QUINTERO OLIVARES, G., 2015, p. 194; FERNÁNDEZ BERMEJO, D., MEDINA DÍAZ, O., *Revista Criminalidad*, 2016, p. 108.

específicos de tratamiento o reparación de las víctimas, especialmente vinculados al delito y con un resultado cualitativo mayor que el requerido para la libertad condicional anterior. Se trata aquí de aquellos programas del artículo 116 RP. En concreto, programas de educación para la salud, vinculados a drogodependencias, programas para agresores sexuales y aquellos otros que se adapten a la etiología delictiva concreta, a través de actividades de confrontación con el delito y reparación social.

Pues bien, además de estos tipos de libertad condicional, el artículo 90.3 CP de la reforma introduce otro para internos primarios con condenas de hasta tres años por delitos no sexuales. Cumplidos los parámetros temporales y de primariedad delictiva, el único requisito adicional que se exige es el de la participación en actividades en la manera propia de la libertad condicional calificada. En concreto:

«Excepcionalmente, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá acordar la suspensión de la ejecución del resto de la pena y conceder la libertad condicional a los penados en que concurren los siguientes requisitos:

- a) Que se encuentren cumpliendo su primera condena de prisión, y que ésta no supere los tres años de duración.
- b) Que hayan extinguido la mitad de su condena.
- c) Que acredite el cumplimiento de los requisitos a que se refiere al apartado 1, salvo el de haber extinguido tres cuartas partes de su condena, así como el regulado en la letra b) del apartado anterior.

Este régimen no será aplicable a los penados que lo hayan sido por la comisión de un delito contra la libertad e indemnidad sexuales».

De manera aclaratoria, fomentando con ello su aplicación y de acuerdo con la doctrina⁷⁵² y la postura mantenida por los Jueces y Fiscales de Vigilancia Penitenciaria⁷⁵³, la Instrucción 4/2015 toma como referente la primariedad

⁷⁵² Así, MENDOZA BUERGO, B., «La determinación de la pena, las instituciones individualizadoras y los sustitutivos de las penas privativas de libertad», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., 2015, p. 373: «Cabe plantearse si a estos efectos deben o no computarse penas previamente suspendidas, o aquellas ya cumplidas pero cuyos antecedentes estén ya cancelados en el momento de resolverse la concesión de la libertad condicional. Ambas cuestiones, especialmente la primera, deben contestarse afirmativamente ya que en caso de suspensión de la ejecución de condenas de prisión previas, resulta claro que no ha cumplido la pena de prisión». Igualmente, SALAT PAISAL, M., «Libertad condicional», en QUINTERO OLIVARES, G., 2015, p. 195; en la misma obra, FUENTES OSORIO, J. L., «Periodos de cumplimiento mínimo para el disfrute de beneficios penitenciarios y permisos de salida», p. 136; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, p. 220; RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, p. 297.

⁷⁵³ *Conclusiones de las Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria de 2016*, punto 5, donde acuerdan que: «El requisito establecido en el artículo 90.3 a) CP: «Que se encuentren cumpliendo su primera condena de prisión», ha de interpretarse referido al penado que cumple su primera condena en prisión, es decir, al delincuente primario penitenciariamente, pudiendo haber cumplido otras condenas en las

penitenciaria –el tratarse del primer ingreso del interno en prisión– frente a la penal, sin que ello obste para la consideración de otros antecedentes penales por la Junta de Tratamiento. Así:

«Sin perjuicio de la consideración penal de primario como aquel interno del que no constan antecedentes penales, al que incluso se equipararía al que los tuviera ya cancelados, parece oportuno considerar esta primariedad como penitenciaria –primer ingreso en prisión condenado por delito para cumplimiento de condena– si bien la existencia de antecedentes deberá ser, obviamente, evaluada por las Juntas de Tratamiento en su informe pronóstico final»⁷⁵⁴.

Por tanto, se trata de una libertad condicional aplicable a los que han sido condenados previamente pero han tenido su condena suspendida, que sin embargo no cabe en los supuestos de ingresos previos en prisión, aunque los antecedentes penales que provocaron dichos ingresos estén ya cancelados⁷⁵⁵. En consonancia, como se trata de una primariedad penitenciaria y no penal, los JJVP han acordado que «dado que el precepto se refiere a condena hay que entender que puede aplicarse a internos con varias penas que no superen la suma de tres años»⁷⁵⁶.

Expuesto lo anterior, se imponen ciertas valoraciones sobre el panorama resultante de la reforma. En primer lugar, en cuanto a la flexibilización de la libertad condicional cualificada, y a pesar de que la nueva redacción favorece la aplicación de este tipo de libertad condicional y es bienvenida por parte de la doctrina⁷⁵⁷, no podemos más que criticar la apertura valorativa que permite respecto de las actividades desarrolladas. No tanto porque permite el acceso a esta libertad condicional más favorable al interno a pesar de que no haya desarrollado actividades ocupacionales de manera continuada, sino porque se admite indirectamente que algunas de esas actividades a valorar no tienen porqué estar vinculadas a la evolución personal del interno en relación con el delito. Se manifiesta con ello un desconocimiento de los problemas reales de la ejecución penitenciaria, incidiendo en uno de ellos: premiar a los internos por la realización de cualesquiera actividades en el centro con independencia de la

que la pena impuesta no hubiere sido privativa de libertad o siendo privativa de libertad que hubiere sido extinguida por remisión definitiva en caso de suspensión de la ejecución». En sentido similar, el punto 4 de los relativos a la libertad condicional, *Criterios y Acuerdo sobre la especialización del JVP*, 2017.

⁷⁵⁴ Instrucción 4/2015, SG.II.PP., ob. cit., p. 7.

⁷⁵⁵ *Criterios y Acuerdo sobre la especialización del JVP*, 2017, criterio n.º 4 de los relativos a la libertad condicional.

⁷⁵⁶ *Criterios y Acuerdo sobre la especialización del JVP*, 2017, criterio n.º 6 de los relativos a la libertad condicional.

⁷⁵⁷ FERNÁNDEZ BERMEJO, D., MEDINA DÍAZ, O., *Revista Criminalidad*, 2016, p. 108.

verdadera evolución personal que, vinculada a los factores que llevaron a la comisión del delito, mejore su pronóstico futuro.

En segundo lugar, en cuanto al nuevo tipo de libertad condicional que se establece para internos primarios, no se valora ni como necesaria, ni como apropiada. Lo primero, por los diferentes tipos de suspensión *stricto sensu* que la norma mantiene en los artículos 80 y ss. CP. Lo segundo porque supone pervertir al máximo la naturaleza de lo que la libertad condicional implica y el papel que, al menos hasta el momento, ésta cumple. Si lo que se pretendía era aumentar la posibilidad de decretar la suspensión de la ejecución para supuestos de condenas de hasta tres años, lo suyo sería hacerlo con anterioridad al ingreso en prisión y no pervirtiendo la libertad condicional, introduciendo para su concesión elementos valorativos que le son extraños, como la duración de la condena impuesta, que nada tienen que ver con ella ⁷⁵⁸.

A pesar de lo dicho, el hecho de que este tipo de libertad condicional permita un acceso más temprano a la misma encuentra un eco favorable en la doctrina, pues se sale de la dureza que impregna la reforma ⁷⁵⁹. No obstante, su naturaleza privilegiada es un tanto engañosa, teniendo en cuenta sus requisitos, pues siempre habrá de aplicarse a la misma el plazo de dos años de libertad condicional que siempre será superior al tiempo que reste de condena. Como refiere Ortega Calderón:

«Esta duración mínima de dos años para el plazo de duración de la libertad condicional resulta especialmente relevante, y al mismo tiempo contrapeso, del nuevo régimen privilegiado de previsto en el artículo 90.3 CP. Recuérdese que dicho precepto permite la concesión de la libertad condicional extinguida la mitad de la condena a los reos que se encuentren cumpliendo su primera condena de prisión y que ésta no supere los tres años de duración. Es evidente que en todo estos supuestos se podrá obtener la libertad condicional en un momento de la ejecución en el que la pena restante sea necesariamente inferior a los dos años, de forma que su concesión provocará siempre y en todo caso el reiterado desplazamiento de la extinción definitiva de la condena, modulando, como se ha dicho, el carácter apriorísticamente beneficioso del nuevo régimen privilegiado» ⁷⁶⁰.

⁷⁵⁸ FUENTES OSORIO, J. L., «Periodos de cumplimiento mínimo para el disfrute de beneficios penitenciarios y permisos de salida», en QUINTERO OLIVARES, G., 2015, p. 136.

⁷⁵⁹ PEÑARANDA RAMOS, E., «Informe crítico sobre la reforma del régimen jurídico de la suspensión y sustitución de la pena y de la libertad condicional», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., ANTÓN BOIX, J. R., 2014, p. 78; MENDOZA BUERGO, B., «La determinación de la pena, las instituciones individualizadoras y los sustitutivos de las penas privativas de libertad», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., 2015, p. 373; CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 302; FERNÁNDEZ BERMEJO, D., MEDINA DÍAZ, O., *Revista Criminalidad*, 2016, pp. 108-109.

⁷⁶⁰ ORTEGA CALDERÓN, J. L., *Diario La Ley*, 2015, p. 3, quien coincide con la apreciación de CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 302 cuando dice que: «el problema sin embargo es el desajuste entre el

Por último, tristemente, la LO 1/2015 contribuye a la senda iniciada por la LO 7/2003. Si ésta última vetó la aplicación de las libertades condicionales cualificada y supercualificada para los condenados por delitos terroristas o cometidos en el seno de organizaciones criminales, la LO 1/2015 mantiene esta prohibición (art. 90.8 CP), a la vez que la amplía, pues la nueva modalidad de libertad condicional que introduce es inaplicable a los anteriores y a los delinquentes sexuales (art. 90.3 *in fine*).

Con ello, se acepta de pleno la introducción del *Derecho Penal del enemigo* en nuestro ordenamiento y sus importantes efectos de fragmentación, desestructuración y la falta de sistemática normativa, que, como una epidemia, avanza imparable engullendo nuevos supuestos que quedan exceptuados de lo que se consideran normas generales.⁷⁶¹ Para Juanatey Dorado este tipo de previsiones contribuyen a la inconstitucionalidad de estas reformas, pues atentan contra el principio de reinserción y contra valores tan básicos del ordenamiento como el principio de igualdad. Todo ello, al excluir a priori, obligatoriamente y con independencia de las circunstancias concretas del supuesto de hecho, la aplicación de determinados instrumentos de encaje lógico en nuestro sistema de ejecución⁷⁶². Y es que en este punto, la LO 1/2015 ha ido, en referencia a la libertad condicional, mucho más allá que las anteriores LO 7/2003 y LO 10/2005 en relación al tercer grado. Como vimos, respecto del mismo, y para los mismos delitos que ahora barajamos: terroristas, de concurrencia organizativa y de carácter sexual, se hace imposible el levantamiento del periodo de seguridad, pero no el acceso al tercer grado. Aspecto éste que sí sucede para tipos concretos de libertad condicional que, dependiendo de la evolución de los condenados, les quedan del todo vetados. Como apunta Ríos Martín, «con estas trabas se impide que el Juez pueda llevar a sus últimas consecuencias la individualización de la pena en función de las circunstancias personales que afectan a cada condenado. Estas disposiciones ponen de manifiesto un claro ejemplo de desconfianza del legislador hacia los intérpretes supremos de la ley»⁷⁶³.

tiempo que quede por cumplir y el tiempo mínimo de libertad condicional que puede no ser favorable para el sujeto».

⁷⁶¹ SALAT PAISAL, M., «Libertad condicional», en QUINTERO OLIVARES, G., 2015, pp. 195-196, destaca esta normativa como claro ejemplo del uso populista del derecho penal.

⁷⁶² JUANATEY DORADO, C., *La Ley Penal*, 2004, p. 12.

⁷⁶³ RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, p. 298. Hacen referencia a esa misma desconfianza. SALAT PAISAL, M., «Libertad condicional», en QUINTERO OLIVARES, G., 2015, p. 195; y FERNÁNDEZ BERMEJO, D., MEDINA DÍAZ, O., *Revista Criminalidad*, 2016, p. 108.

5.2 Motivos humanitarios para la libertad condicional. Problemática interna

Pasando ahora al segundo grupo de tipos de libertad condicional, el artículo 91 CP regula la libertad condicional concedida a mayores de setenta años y la libertad condicional de enfermos incurables, relacionada claramente con el supuesto especial de concesión de tercer grado antes tratado⁷⁶⁴. Según el tenor literal de esta norma:

«1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, los penados que hubieran cumplido la edad de setenta 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 partes 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 de vigilancia penitenciaria, 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 de vigilancia penitenciaria, quien, 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 apartado 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.

⁷⁶⁴ Abordan esta concreta figura, PITA MERCÉ, R., «La libertad condicional por enfermedad incurable», *V Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria*, CGPJ, Madrid, 1990; AGUILERA REJA, M., «La libertad condicional anticipada por enfermedad grave e incurable», *CDP*, n.º 6, 1999; AGUIRRE SEOANE, J., «Las enfermedades muy graves con padecimientos incurables como presupuesto para la concesión de beneficios», *AP*, n.º 47/48, Madrid, 2002, pp. 1239 y ss.; MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, pp. 199-202; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, pp. 213-215; RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, pp. 317-326.

4. Son aplicables al supuesto regulado en este artículo las disposiciones contenidas en los apartados 4, 5 y 6 del artículo anterior».

Como vemos, para los supuestos de los mayores de 70 años y los enfermos muy graves con padecimientos incurables, se exige a los internos la participación en actividades tratamentales adecuadas y la concurrencia de pronóstico de reinserción favorable; es decir, se exonera al interno del cumplimiento del requisito temporal⁷⁶⁵ de la libertad condicional, pero no de las exigencias de evolución tratamental que generalmente conlleva⁷⁶⁶. A la contra, para el caso de internos en peligro vital patente, tanto por edad como por enfermedad, la concesión de la libertad condicional no se somete a más valoración que la médica. En comparación con la regulación anterior, desaparece la mención expresa a la necesaria progresión previa a tercer grado⁷⁶⁷. Fuentes Osorio apunta acertadamente que habría sido más lógico prescindir del requisito del tercer grado para los supuestos de libertad condicional que ahora abordamos. «Si tenemos en cuenta que los motivos de edad y enfermedad se pueden utilizar para acceder al tercer grado sin someterse al periodo de seguridad y que si se consideran concurrentes para el tercer grado lo serán igualmente para la libertad condicional, ¿no había sido más adecuado eliminar la exigencia de cumplir el requisito de estar en tercer grado?»⁷⁶⁸.

⁷⁶⁵ Como apuntamos al abordar el periodo de seguridad, prescindir del requisito temporal para la libertad condicional en estos supuestos, implica también prescindir del cumplimiento del periodo de seguridad. BUENO ARÚS, F., 2010, criterios 51, 84 y 125.

⁷⁶⁶ Respecto de los internos de setenta años, la STC 79/98, de 1 de abril, dejó patente esta premisa, exigiendo que al factor y fundamento puramente humano, se sume otro más propio de la resocialización que la libertad condicional pretende. Por tanto, si bien es cierto lo que decíamos al principio sobre los fundamentos humanistas de los supuestos de libertad condicional del entonces artículo 92 CP, la relación entre la libertad condicional de los septuagenarios y las bases del sistema de individualización científica es mayor por la concurrencia de los requisitos de buena conducta y pronóstico favorable de libertad que su aplicación requiere. Aspecto que la norma hace extensivo a los enfermos graves con padecimientos incurables, lo que podríamos llamar enfermos crónicos.

⁷⁶⁷ De acuerdo con el anterior artículo 91.3 CP: «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 de Vigilancia Penitenciaria podrá, previa en su caso la progresión de grado, autorizar 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, todo ello sin perjuicio del seguimiento y control previstos por el artículo 75 de la Ley Orgánica General Penitenciaria». Por lo que CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 304, refiere que «como novedad si el peligro para la vida es patente por estar acreditado por informe médico, el juez o tribunal, se entiende juez de vigilancia en general y tribunal sentenciador en prisión permanente revisable, podrá conceder la libertad condicional sin más trámite que pedir al centro penitenciario el informe pronóstico final, es decir, sin necesidad de más requisitos».

⁷⁶⁸ FUENTES OSORIO, J. L., «Periodos de cumplimiento mínimo para el disfrute de beneficios penitenciarios y permisos de salida», en QUINTERO OLIVARES, G., 2015, p. 137.

A su vez, el apartado 3 del artículo 91 CP exige, con escaso rigor sistemático teniendo en cuenta que no lo menciona en el artículo 90 CP, que concurra en estos casos pronóstico emitido por el centro penitenciario. Lo que la Instrucción 4/2015 corrobora sin mayor problema, pues ya hemos visto que interpreta que el requisito sigue vigente sea cual sea el tipo de libertad condicional⁷⁶⁹. Esto tiene consecuencias importantes, pues la reforma mantiene también para estos supuestos de peligro patente un criterio tratamental que va más allá del meramente sanitario y cuyo sentido no tiene porqué ser coincidente. Se provoca así un choque de perspectivas al que las normas procedimentales no son capaces de dar solución. Todo ello con una importante merma de las garantías jurídicas de los internos afectados que pueden ver cómo una propuesta de aplicación de libertad condicional por enfermedad queda archivada en su expediente sin mayor tramitación procedimental.

En cuanto al choque de perspectivas, la Instrucción 1/2000 que regula los supuestos médicos en que la libertad condicional ha de proponerse, sitúa lo que supone peligro vital en unos umbrales de tolerancia bastante bajos⁷⁷⁰. Ello de acuerdo con el contenido del artículo 104.4 RP que determina el acceso al tercer grado previo a la libertad condicional por enfermedad sin aportar el matiz de peligro vital inminente. En concreto:

«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».

Mientras que el área médica está obligada a iniciar la tramitación de este tipo de libertad condicional en base a los criterios médicos que determina la Instrucción, los profesionales del área de tratamiento se resisten a abandonar una perspectiva más tratamental y evolutiva de la trayectoria que hubiera mantenido el interno. En la práctica, si bien es cierto que constatado peligro inminente para la vida, el pronóstico se suele emitir en sentido favorable en base a la menor o nula peligrosidad delictiva que se asocia a esa situación, los supuestos de internos con enfermedad crónica son mucho más controvertidos y en ellos, las Juntas de Tratamiento y su criterio no médico son las que se imponen.

⁷⁶⁹ Instrucción 4/2015, SG.II.PP., ob. cit., p. 8.

⁷⁷⁰ Instrucción 1/2000, DG.II.PP., sobre criterios para emisión de informe médico para estudios de posible aplicación del artículos 104.4 y 196.2 RP.

Existiendo visiones valorativas tan opuestas sobre la pertinencia de concesión de la libertad condicional, lo preferible sería que una instancia superior y ajena a la Junta de Tratamiento fuese la que definitivamente dirimiese el asunto. Pues bien, la conjunción de diversas normas hace que la práctica sea otra⁷⁷¹. De manera que ni el acuerdo desfavorable de concesión del tercer grado del artículo 104.4 RP, hasta la reforma, inmediatamente anterior a la propuesta de libertad condicional que estudiamos, ni la misma propuesta desfavorable de libertad condicional, se envían a una instancia superior, administrativa o judicial, que garantice una segunda valoración de lo decidido. Lo primero, porque administrativamente, la valoración desfavorable de acceso al artículo 104.4 RP se considera como mantenimiento en grado, conservando el interno la clasificación que tuviera. Decisión ésta que, en virtud de la Orden INT/22/2010 Orden de Delegación de competencias, pertenece a la esfera de los centros penitenciarios, sin que sea necesario su envío al Centro Directivo y sin que se realice una segunda valoración administrativa del supuesto denegado. Lo segundo, respecto de la falta de intervención judicial, porque habiendo sido desfavorable la propuesta de aplicación del tercer grado del artículo 104.4 RP, nos encontramos con internos en segundo grado respecto de los que no concurre la obligación de enviar el expediente de libertad condicional al JVP, según el artículo 198 RP.

El resultado es que acuerdos bastante relevantes para la esfera jurídica de los administrados se adoptan por un único órgano administrativo, contra el informe médico que da origen al procedimiento, sin someterse a revisión. Por supuesto, siempre cabe el recurso del interesado. Sin embargo, al encon-

⁷⁷¹ El artículo 196 RP se expresa en términos muy similares a los del anterior artículo 92 CP, actual artículo 91, para el supuesto de libertad condicional de septuagenarios y enfermos incurables, aunque haciendo mayor hincapié en los aspectos procedimentales. Así: «1. 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. 3. En ambos supuestos, el expediente deberá contener los documentos a que se refiere el artículo anterior, excepto los relativos a la letra h), junto con un informe social en el que constará, en su caso, la admisión del interno por alguna institución o asociación cuando éste carezca de vinculación o apoyo familiar en el exterior. Cuando se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables se incluirá en el expediente el informe médico acreditativo de la enfermedad, así como de la gravedad e irreversibilidad de la misma. En el caso de septuagenarios, se acreditará la edad del interno mediante la certificación de nacimiento del mismo o, en su defecto, por cualquier medio de prueba admitido en derecho. 4. La Administración velará para facilitar al penado el apoyo social externo cuando carezca del mismo». De su redacción nada hace presagiar el problema que referimos resultado más bien de una práctica derivada de normas de delegación posteriormente establecidas.

trase estos enfermos en situación de convalecencia, su acceso a la interposición de recursos se ve muy mermada. Con todo ello, las garantías que con carácter general se establecen no dan cobertura a los casos en que más se necesita de ellas.

La reforma operada por LO 1/2015 facilita en parte el procedimiento en caso de de peligro patente al eliminar la necesaria clasificación en tercer grado a la que la redacción anterior hacía referencia expresa. Sin embargo, se conforma con eliminar un requisito meramente formal sin entrar al fondo del asunto que planteamos, pues mientras concorra esa valoración tratamental en forma de pronóstico, el problema seguirá presente. Por su parte, la Instrucción 3/2017, que adapta la 1/2000 a la reforma penal, trata de enmendar esta situación pero con escaso éxito. En concreto, en relación a los casos sanitarios más graves determina que la interpretación de la nueva normativa elimina la necesidad de elevar expediente de libertad condicional. Para los restantes, y como la Instrucción anterior⁷⁷², establece una revisión obligatoria de la situación del interno cada seis meses⁷⁷³. Soluciones que resultan un tanto insatisfactorias tanto desde el punto de vista jurídico, como desde la perspectiva más práctica. Jurídicamente, resulta un tanto insostenible que se nos diga que no es necesario tramitar el expediente de libertad condicional cuando el propio apartado 3 del artículo 91 CP establece como único requisito para la libertad condicional en caso de peligro patente para la vida «requerir al centro penitenciario el informe de pronóstico final al objeto de poder hacer la valoración a que se refiere el apartado anterior», siendo dicho pronóstico parte fundamental de dicho expediente la elaboración de tal pronóstico. A su vez, con ello no se evita el problema principal, esto es, la necesidad de elaborar el pronóstico final y por ello, de contar con la valoración concurrente de los Servicios Médicos y de la Junta de Tratamiento. Finalmente, y para los casos menos graves desde el punto de vista sanitario, el plazo de seis meses no es suficiente a los efectos de control que nos proponemos. Sin órganos específicamente designados como competentes para su estricto control y sin procedimientos más detallados de tramitación, continúa existiendo el alto riesgo de que una propuesta médica que obtenga un primer resultado desfavorable en la Junta de Tratamiento, duerma el sueño administrativo en algún archivador de eventos pasados. Lo deseable hubiera sido modificar la Orden de Delegación de competencias en los térmi-

⁷⁷² Instrucción 1/2000, DG.II.PP., p. 3.

⁷⁷³ Instrucción 3/2017, Procedimiento para la emisión de informe médico y tramitación de la excarcelación por enfermedad muy grave con padecimientos incurables, SG.II.PP., pp. 2 y 4.

nos antes descritos, de manera que la segunda valoración administrativa que reclamamos sea obligatoria en todo caso.

La tesis que defendemos toma aún mayor relevancia si tenemos en cuenta la postura de los JJVP al respecto, mucho más acorde con los criterios médicos que con los tratamentales. Así, si bien parte de la doctrina critica la desvinculación total de los fundamentos resocializadores propios de la institución en que ello deriva⁷⁷⁴, los JJVP aprobaron en su XII Reunión de 2003 el siguiente criterio:

«Se insta al Gobierno a la modificación urgente del (entonces) artículo 92 CP, 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»⁷⁷⁵.

En el mismo sentido de favorecer la prevalencia del criterio médico, destaca el AAN 359/12 que, sobre los requisitos que han de concurrir para el supuesto que abordamos, y justamente para los casos más controvertidos de enfermos crónicos, refiere que «es el peligro patente, y no el riesgo inminente el presupuesto o condición para la aplicación de la libertad condicional excepcional que prevé el(anterior) artículo 92.3 CP (...) es el riesgo patente para la vida, no el peligro inminente que nos ubica ante la situación del enfermo terminal o agónico»⁷⁷⁶.

En otro orden de cosas, el apartado 4 del artículo 91 CP determina para estos casos de libertad condicional por causa humanitaria, la aplicación de los apartados 4, 5 y 6 del artículo 90 CP. Con ello, se extiende a los mismos el régimen general, lo cual da lugar a ciertas dudas interpretativas que la Instrucción no se aviene a completar. En primer lugar, en cuanto a los requisitos de acceso y teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto sobre la prevalencia del criterio médico, no deja de ser ciertamente paradójico que se aplique también a estos supuestos las exigencias sobre el abono de la responsabilidad civil del artículo 90.4 CP⁷⁷⁷. En segundo lugar, no se aclara lo que sucedería en caso de que el interno recobrase la salud. Con anterioridad a la reforma, se mantenía mayoritariamente que, al no tratarse ni de incumplimiento de reglas de conducta, ni de comisión de nuevo delito, no cabía la revocación de la situación de

⁷⁷⁴ Entre ellos, LEGANÉS GÓMEZ, S., 2005, p. 248; VEGA ALOCÉN, M., 2001, p. 195.

⁷⁷⁵ BUENO ARÚS, F., *Texto refundido sobre criterios de actuación, conclusiones y acuerdos de los JJVP aprobados durante sus XIV reuniones celebradas entre los años 1981 a 2007*, CGPJ, Madrid.

⁷⁷⁶ *Jurisprudencia Penitenciaria 2012*, ob. cit., p. 272.

⁷⁷⁷ MENDOZA BUERGO, B., «La determinación de la pena, las instituciones individualizadoras y los sustitutivos de las penas privativas de libertad», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., 2015, p. 374.

libertad condicional⁷⁷⁸. Sin embargo, la aplicación específica del párrafo 3 del artículo 90.5 CP a estos supuestos deja esta interpretación entredicho. Así, se establece específicamente que «asimismo, el juez de vigilancia penitenciaria revocará la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la libertad condicional concedida cuando se ponga de manifiesto un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada».

Finalmente, se prevé para los internos la obligación de facilitar los datos de salud necesarios a los Servicios Médicos o aquellos profesionales que la autoridad judicial designe. Aspecto que se felicita, pero que no abarca la magnitud del problema que el manejo de los datos de salud en el medio penitenciario plantea. La LO 15/99, sobre Protección de Datos, establece un régimen general de protección bastante severo. Régimen que se incrementa en lo relativo a los datos de salud, en interpretación conjunta con lo que establece la Ley 41/2002, de Autonomía Básica del Paciente⁷⁷⁹. El resultado de todo ello es que el personal penitenciario no sanitario no puede conocer datos de salud de internos sin el consentimiento de estos. La utilización desviada que de este derecho puede hacerse, y la puesta en jaque de la seguridad ciudadana, son evidentes. Pensemos en un supuesto de traslado a un centro hospitalario en que el órgano encargado de su autorización última no está sin embargo legitimado para conocer los motivos que fundamentan el mismo. Igualmente, las funciones de inspección penitenciaria sobre asuntos sanitarios pueden verse también mermadas. Sólo podrán ser realizadas por personal sanitario que no podrá poner sus resultados en común con personal de gestión no sanitario pero con el que necesariamente deba coordinarse. De ahí que se reclame una modificación legal que exceptúe de esta necesidad a los operadores penitenciarios, siempre que el acceso a datos de salud de internos sea necesario para la realización de sus funciones⁷⁸⁰.

⁷⁷⁸ LEGANÉS GÓMEZ, S., 2005, p. 249.

⁷⁷⁹ Sobre el régimen de protección de datos personales, SOLAR CALVO, P., «Una perspectiva práctica de la protección de datos. La adaptación del Ministerio del Interior», *Diario la Ley*, n.º 7719, Sección Doctrina, 20.10.11; «La protección de datos en la UE: análisis y perspectivas de futuro», *RUE*, n.º 2, febrero 2012; «La doble vía europea en protección de datos», *Diario La Ley*, n.º 7832, Sección Doctrina, 04.04.12; «Los datos personales en la investigación criminal», *Revista de la Guardia Civil*, n.º 817, Sección Formación, mayo 2012; y, especialmente, «Consentimiento y cesión de datos. Marco jurídico y retos futuros», *Revista Datospersonales.org*, julio 2012.

⁷⁸⁰ Sobre la problemática que plantea el acceso por parte de la Inspección Penitenciaria a datos de salud de internos: SOLAR CALVO, P., «La Sanidad Penitenciaria, ¿competencia estatal o autonómica?», *Legal Today*, 08.03.16; y aportando una posible solución interpretativa: «Régimen jurídico de los datos de salud: acceso a los mismos por personal no sanitario y publicación en facebook», *Diario La Ley*, n.º 8036, Sección Tribuna, 05.03.13.

6. LOS LÍMITES DE LA REFORMA: APLICACIÓN RETROACTIVA Y HUECOS NORMATIVOS

Las tendencias normativas en las que tienen origen los cambios de la libertad condicional que estamos analizando, el *populismo punitivo* y la *descarceración*, no se caracterizan por lograr resultados normativos aceptables desde el mínimo exigible de las garantías jurídicas de los internos implicados. Lejos de querer alcanzar un cuerpo normativo armónico y proporcionado, su pretensión es lograr objetivos ajenos al mismo sin someterse para ello a límites jurídicos preestablecidos por mucho que fuera el consenso creado en torno a los mismos. Al conflicto que se produce entre la nueva y antigua libertad condicional y los errores que la reforma contiene en relación a la naturaleza de lo que regula, se suman otras previsiones que atentan contra garantías hasta el momento básicas. Es lo que hemos visto que sucede con principios como el de igualdad en relación al acceso a los diferentes tipos de libertad condicional. Y, de nuevo, es lo que sucede en cuanto a la aplicación retroactiva de las previsiones que esta reforma contiene. Un poco de historia normativa nos ayudará a entender el nuevo estado de la cuestión ⁷⁸¹.

La LO 7/2003 contenía la siguiente cláusula en cuanto a la aplicación retroactiva del contenido relativo a la ejecución de la pena privativa de libertad. Según su Disposición Transitoria Única:

«Lo dispuesto, conforme a esta ley, en los artículos 90 y 93.2 del Código Penal, respecto a las circunstancias para acceder a la concesión de la libertad condicional, y en el artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria respecto a la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario, será aplicable a las decisiones que se adopten sobre dichas materias desde su entrada en vigor, con independencia del momento de comisión de los hechos delictivos o de la fecha de la resolución en virtud de la cual se esté cumpliendo la pena».

La Administración Penitenciaria en sus Instrucciones 9/2003 y 2/2004, de acuerdo con el Informe del CGPJ al Anteproyecto de LO 7/2003, el criterio mayoritario de los JJVP manifestado en su XIII Reunión de marzo 2004 y algunos órganos judiciales, como la AN en Auto de 06.07.05, entendió que la previsión anterior incluía indirectamente la aplicación retroactiva del ar-

⁷⁸¹ Destaca el completo análisis que realiza UCÉLAY, p. sobre el devenir interpretativo de la DT Única de la LO 7/2003, las diferentes instrucciones a las que todo ello dio lugar y la aplicación de la lógica jurídica que el TS impuso a la situación actual. UCÉLAY, P., «La libertad condicional tras la LO 1/2015», *Blog Jurista de Prisiones*, 15.07.2015. Igualmente, resumen las posturas respecto la aplicación retroactiva de las normas de ejecución, FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, pp. 200-202.

título 36 CP, pues el mismo artículo 72.5 LOGP cuando refiere que «la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además (...) los requisitos previstos por el Código Penal», se remitía al mismo. Como apunta Aranda Carbonel, esta postura defiende que «la norma contenida en el artículo 36.2 del CP es 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, el período de seguridad sería de aplicación al cumplimiento de las penas por delitos futuros, por condenas futuras de delitos pasados y por condenas pasadas respecto a los presos que al entrar en vigor la norma no hubiesen obtenido aún el tercer grado ni estuviesen en ese momento en condiciones de obtenerlo según el régimen legal anterior a la modificación»⁷⁸². Recientemente, Nistal Burón amplía esta tesis distinguiendo las modificaciones cuantitativas de la pena de aquellas otras cualitativas referentes al modo concreto en que éstas se cumplen y por ello, plenamente aplicables con independencia de la fecha de comisión de los hechos⁷⁸³.

Sin embargo, son múltiples las voces que se alzaron contra esta opción interpretativa. Primero, en la propia Circular 1/2004, de la Secretaria de Serveis Penitenciaris, Rehabilitació i Justícia Juvenil que optó por la solución contraria. Segundo, en múltiples autos de Audiencias Provinciales⁷⁸⁴ y en la mayoría de la doctrina que calificaban la interpretación escogida de contraria al principio de irretroactividad de las normas penales desfavorables. Más allá de la aplicación del artículo 36 CP, Cerezo Mir, apunta que la totalidad de la Disposición Transitoria Única es anticonstitucional por infracción de lo dispuesto en el artículo 9.3 CE, pues «aunque se considere que los reclusos no tienen un derecho, sino una mera expectativa de obtener la libertad condicional o el tercer grado en el cumplimiento de las penas de prisión con arreglo a las condiciones establecidas por la ley en el momento de la realización de la conducta delictiva y, por tanto, la mencionada Disposición Transitoria no restringiera derechos individuales, estaríamos, sin duda, ante una disposición sancionadora de carácter desfavorable»⁷⁸⁵. Acertadamente, Mapelli Caffarena señala que «no está claro que una norma, por ejemplo, en la que se aborda la regula-

⁷⁸² ARANDA CARBONEL, M. J., *REP*, 2006, pp. 66-67.

⁷⁸³ NISTAL BURÓN, J., «Aplicación en el tiempo de una nueva norma jurídica que endurece el acceso a los beneficios penitenciarios», *Diario La Ley*, n.º 8831, Sección Tribuna, 26.09.16.

⁷⁸⁴ En este sentido se pronunciaron la Sección 5.ª de la AP de Madrid en Auto de 06.05.04, la Sección 4.ª de la AP de Barcelona en Autos de 14.05.04, 19.05.04 y 15.06.04, la AP de Zaragoza en Autos de 11.06.04 y 04.11.04, la Sección 4.ª de la AP de Cádiz en Auto de 14.03.05. Aporta un resumen de las resoluciones más destacadas, RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, pp. 159-160.

⁷⁸⁵ CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, t. 1, 6.ª ed., Tecnos, 2004, pp. 220-221.

ción de unos beneficios, sea una norma de naturaleza procesal o penitenciaria o de ejecución y, aun siéndolo, tampoco puede afirmarse con carácter general que el principio de legalidad y la irretroactividad no afecten a este tipo de normas. La pena en el CP es sólo amenaza penal, pero como tal amenaza para que resulte eficaz tiene que cumplirse, de manera que sin su ejecución la pena carecería de contenido (...) Por ello, distinguir entre pena, por un lado, y la vida de la pena, por otro, como si aquella pudiera existir materialmente al margen de su ejecución es contrario a toda lógica jurídica, a toda experiencia y a la propia teoría de la pena»⁷⁸⁶.

No obstante, no es hasta la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2006, que resuelve el recurso para la unificación de doctrina contra el AAN antes mencionado, cuando decae definitivamente la tesis que en el mismo se sostenía. De acuerdo con la misma:

«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 artículo 36 CP, no es posible una interpretación extensiva en contra del reo.

Dicho de otro modo, la Disposición Transitoria citada contiene un ámbito de vigencia exclusivamente referido a los artículos 90 y 93.2 CP. En el presente caso, la resolución atacada, ha aplicado, además, extensivamente, dicha D.T. al artículo 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 artículo 72.5 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 en el auto recurrido de exigir el cumplimiento de la mitad de la pena de prisión impuesta al penado para acceder al tercer grado penitenciario anunciando los hechos por los que ha sido condenado ocurrieran antes de la vigencia de la Ley 7/2003, no es ajustado a derecho y por ello debe ser rectificadas esa interpretación dando lugar, en consecuencia al éxito del motivo, y con él al recurso formalizado.

(...) declaramos que el ámbito de aplicación de la Disposición Transitoria Única de la LO 7/2003 de 30 de Junio queda delimitado exclusivamente para los casos en los que sea procedente la aplicación del artículo 90 y 93.2 CP y 72.5 y 6 LOGP, debiéndose excluir de su aplicación cualquier otro precepto del C.P. que no venga expresamente mencionado en dicha Disposición. Por tanto, queda fuera de la vigencia extraordinaria que dicha Disposición declara, el artículo 36 CP en su versión anterior la Ley 7/2003. En consecuencia no es exigible el cumplimiento de la mitad de la condena de prisión a los penados por hechos delictivos come-

⁷⁸⁶ MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, pp. 28-29. En la misma línea, GARCÍA ALBERO, R., «Cumplimiento y ejecución de las penas privativas de libertad. El acceso al tercer grado», en GARCÍA ALBERO, R., TAMARIT SUMALLA, J., 2004, pp. 26-31; LEGANÉS GÓMEZ, S., 2005, pp. 114-115.

tidos antes de la vigencia de la actual redacción del artículo 36 CP, y por tanto sólo les será aplicable la exigencia del cumplimiento de la mitad de la condena de prisión cuando los hechos se hayan cometido con posterioridad a la vigencia del texto del artículo 36.2 CP, que entró en vigor el día 2 de julio de 2003».

Siendo estos los antecedentes, y puede que para evitar las complicaciones interpretativas a las que la anterior reforma dio lugar, la LO 1/2015 no contiene previsiones especiales en cuanto a la retroactividad de las modificaciones que contempla en ejecución de condena y que afectan principalmente a la libertad condicional. La DT 1.^a sobre la «Legislación aplicable» refiere únicamente que:

«1. Los delitos y faltas cometidos hasta el día de la entrada en vigor de esta Ley se juzgarán conforme a la legislación penal vigente en el momento de su comisión. No obstante lo anterior, se aplicará esta Ley, una vez que entre en vigor, si las disposiciones de la misma son más favorables para el reo, aunque los hechos hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor.

2. Para la determinación de cuál sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas del Código en su redacción anterior y con las del Código resultante de la reforma operada por la presente Ley y, en su caso, la posibilidad de imponer medidas de seguridad.

3. En todo caso, será oído el reo».

A pesar de ello, sorprendentemente y contra toda lógica jurídica, la Instrucción 4/2015 establece en su DT 1.^a el carácter retroactivo de la nueva libertad condicional. Así:

«Las libertades condicionales concedidas se seguirán rigiendo en todos sus extremos por la normativa bajo la que fueron concedidas, incluida la revocación. Los expedientes ya iniciados y que están pendientes de resolver no deben alterar su tramitación. Los expedientes de libertad condicional iniciados a partir del 1 de julio, se deberán tramitar conforme a la nueva normativa»⁷⁸⁷.

Como vemos, la Instrucción va mucho más allá de lo que el propio CP establece y justamente para la libertad condicional, es decir, la parte de la reforma que más desfavorable puede resultar a los internos, si no en su conjunto por el nuevo tipo de libertad condicional del art. 90.3 CP, sí en los efectos más generales derivados de su plazo de duración y del nuevo régimen de revocación⁷⁸⁸. Ello en contra del principio de irretroactividad de las sanciones desfa-

⁷⁸⁷ Instrucción 4/2015, SG.II.PP., ob. cit., p. 13.

⁷⁸⁸ De acuerdo con esta postura, SALAT PAISAL, M., «Libertad condicional», en QUINTERO OLIVARES, G., 2015, pp. 200-101.

vorables y de la lógica de la jerarquía normativa, pero también en contra del sentido de la Sentencia del TS de 12 de junio de 2006, cuyos fundamentos son del todo trasladables al supuesto que ahora se analiza. Si ya entonces el TS no aceptó que pudiera aplicarse retroactivamente el artículo 36 CP por una mención indirecta del mismo en la D.T Única de la LO 7/2003, mucho más ahora que ni siquiera se establecen previsiones específicas respecto de la retroactividad de la nueva libertad condicional cuyo régimen, en defecto de esa norma específica, habrán de aplicarse desde el día de entrada en vigor de la norma y para hechos delictivos cometidos desde entonces⁷⁸⁹.

Más sorprendente aún es que la Instrucción, adelantándose quizá a las críticas de las que pudiera ser objeto, incluye dentro de la regulación del procedimiento de concesión de la libertad condicional, es decir, al margen de cualquier mención a su posible aplicación retroactiva, pero íntimamente relacionada con ello, la obligación de hacer constar en el expediente de los internos el Anexo II en el que los internos prestan su consentimiento informado a la aplicación de la nueva libertad condicional. La Instrucción aplica con ello la lógica del apartado 3 de la DT 1.^a CP que obliga a escuchar al reo, para permitir una especie de convalidación a posteriori de aquellas libertades condicionales en las que por aplicación de la indebida DT 1.^a de la Instrucción se hubiera actuado en perjuicio del interno. En este punto, el AJVP de Santander de 22.01.16 destaca cómo se «está cometiendo un ilegalidad con los consentimientos informados que está suponiendo que condenados que podrían acceder a la libertad condicional anterior a la reforma con condiciones menos gravosas, se vean sometidos con su consentimiento, seguramente desde la ignorancia, a las condiciones muy gravosas de los plazos de suspensión»⁷⁹⁰.

De nuevo, en contra de la aplicación retroactiva del nuevo régimen de libertad condicional, ya se han manifestado los Jueces y Fiscales de Vigilancia Penitenciaria⁷⁹¹ y la mayor parte de las resoluciones judiciales⁷⁹² y la doctrina⁷⁹³. Igualmente, y como si se tratase de una reedición completa de lo que sucedió para el periodo de seguridad, la Instrucción 3/2015 de los Servicios

⁷⁸⁹ Así lo recoge específicamente el AJVP de Ciudad Real de 21.08.15, *Jurisprudencia Penitenciaria 2015*, ob. cit., p. 286.

⁷⁹⁰ *Jurisprudencia Penitenciaria 2016*, ob. cit., p. 423.

⁷⁹¹ Dictamen sobre la aplicación retroactiva del régimen de libertad condicional, Fiscal de Sala Delegado de Vigilancia Penitenciaria, p. 2; *Conclusiones de las Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria de 2016*, puntos 1 y 2; *Criterios y Acuerdo sobre la especialización del JVP*, 2017, criterio n.º 1 de los relativos a la libertad condicional.

⁷⁹² AJCVP de 18.09.15; Fiscalía de Badajoz de 11.08.15; AJVP de Ciudad Real de 21.08.15; AJVP Las Palmas de Gran Canaria de 30.10.15, *Jurisprudencia Penitenciaria 2015*, ob. cit., pp. 272-275, 282-284, 286-288 y 288-292, respectivamente.

⁷⁹³ CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 309.

penitenciarios de Cataluña ya ha manifestado el carácter irretroactivo de la reforma al ser desfavorable para el reo. Sin embargo, la situación no deja de ser un tanto curiosa y jurídicamente insegura en tanto que la Instrucción 4/2015 continúa vigente en su totalidad. Una situación del todo insostenible jurídicamente y que esperamos que sea corregida en instrucciones posteriores o, como sucedió para el periodo de seguridad, a través de recurso para unificación de doctrina.

7. LOS MOTIVOS: ¿POR QUÉ ARTICULAR UNA LIBERTAD CONDICIONAL ANTI-PENITENCIARIA?

El Preámbulo de la LO 1/2015 nos ofrece motivos de eficacia para la profunda modificación del sistema de suspensión y sustitución de la pena. El mismo, en su apartado primero, refiere que: «(...) se afrontan dos reformas que están orientadas a incrementar la eficacia de la justicia penal: de una parte, se modifica la regulación de la suspensión y de la sustitución de las penas privativas de libertad, y se introduce un nuevo sistema, caracterizado por la existencia de un único régimen de suspensión que ofrece diversas alternativas, que introduce mayor flexibilidad y eficacia». Sin embargo, si buscamos motivos para la conversión de la libertad condicional en los términos tan paradójicos que hemos analizado, no encontramos mención alguna que venga a justificarlo. De hecho, el apartado quinto del Preámbulo, destinado específicamente a la libertad condicional, no supone más que un resumen sustanciado de los cambios principales que introduce: la libertad condicional privilegiada del artículo 90.3 CP, la pérdida del tiempo pasado en libertad condicional en caso de revocación y la libertad condicional del artículo 92 CP como mecanismo de constitucionalización de la cadena perpetua que la reforma introduce al hacerla revisable. Lo que a falta de mayores pretensiones nos lleva a pensar que quizá esta profunda modificación penitenciaria no tenga mayor fundamentación que su instrumentalización en tres direcciones⁷⁹⁴.

En primer lugar, el supuesto privilegiado de libertad condicional que se introduce y que el Preámbulo destaca es el que mejor plasma la confusión normativa que a partir de ahora caracteriza a la libertad condicional, pero que sin duda sirve para transmitir la idea de sistema penal efectivo y duro que tan-

⁷⁹⁴ Sobre el carácter eminentemente instrumental que adquiere la libertad condicional tras la reforma, SOLAR CALVO, P., «El papel de la libertad condicional tras la última reforma del CP», *Legal Today*, 11.05.15.

to gusta al *populismo punitivo*. Así, supone la regulación de una nueva medida alternativa en forma de suspensión de condena más beneficiosa para el interno —se permite la suspensión de condenas de hasta tres años en comparación con los dos años del régimen general del artículo 80 CP—, pero, a la vez, suficientemente dura, pues en todo caso, al conjugarse con la libertad condicional, implica tiempo efectivo de internamiento previo. A su vez, trascendiendo a este nuevo tipo, la conversión de la libertad condicional en suspensión de condena permite endurecer su régimen de manera que pueda presentarse como suficientemente onerosa de cara a la opinión pública.

En segundo lugar, con este cambio en la naturaleza de la libertad condicional, y a pesar de las críticas a las que se le había sometido⁷⁹⁵, se consolida y generaliza para todo tipo de delitos lo que la LO 7/2003 había introducido sólo para delitos vinculados al terrorismo. Así, si considerar la libertad condicional como ejecución de condena, explicaba mal la pérdida del tiempo pasado en esa fase en caso de revocación —no se entendía que si el periodo de libertad condicional era tiempo de cumplimiento de condena, pudiera dejar de serlo para un determinado grupo de condenados por el simple hecho de que la ley lo dictase—, considerarla suspensión de condena permite llevar lo anterior a sus extremos, haciendo de esa pérdida norma general y resolviendo las objeciones jurídicas al respecto. Y es que quizá esta sea la única intención de la LO 1/2015 respecto de la libertad condicional: normalizar lo que ya se había introducido haciéndolo extensible a todo el espectro delincencial⁷⁹⁶.

Con ello, se constata de nuevo un efecto característico del *Derecho Penal del enemigo*: su continua expansión. Expansión que no sólo se manifiesta con excepciones a la norma general aplicables a cada vez más grupos delictivos —como vimos que sucede en relación a los delitos sexuales que se suman a los excluidos de los tipos de libertad condicional más ligados a la evolución trata-

⁷⁹⁵ En este sentido, CERVELLÓ DONDERIS, V., *La Ley Penal*, 2004, pp. 19-22; JUANATEY DORADO, C., *La Ley Penal*, 2004, p. 13; LEGANÉS GÓMEZ, S., 2005, p. 260; TAMARIT SUMALLA, J. M., «La reforma de la libertad condicional», en GARCÍA ALBERO, R., TAMARIT SUMALLA, J. M., 2004, pp. 90-113; SOLAR CALVO, P., *Diario La Ley*, 2009; MENDOZA BUERGO, B., «La determinación de la pena, las instituciones individualizadoras y los sustitutivos de las penas privativas de libertad», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., 2015, p. 371.

⁷⁹⁶ PEÑARANDA RAMOS, E., «Informe crítico sobre la reforma del régimen jurídico de la suspensión y sustitución de la pena y de la libertad condicional» en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., ANTÓN BOIX, J. R., 2014, pp. 48-78, apunta como principal motivo de la reforma al interés del Legislador por extender el régimen excepcional introducido en 2003 para los delitos terroristas y de organizaciones criminales. De la misma opinión, CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 300, cuando apunta que «este parece ser el objetivo real de la reforma, no abonar a ningún interno el tiempo cumplido en caso de incumplimiento»; SALAT PAISAL, M., «Libertad condicional», en QUINTERO OLIVARES, G., 2015, pp. 190-191.

mental de los internos—, sino que también acaba afectando la lógica general de los sistemas penales en que se instaura.

Por último, lo mismo cabe decir para el segundo tipo de libertad condicional que novedosamente el legislador inventa, pues implica idéntica instrumentalización, siendo ahora y de nuevo, *el derecho penal del enemigo*, el mismo *populismo punitivo*, el que lleva la batuta de la regulación. Con ello, como veremos a continuación, la institución se pervierte hasta límites que impiden reconocer en ella los rasgos de lo que la libertad condicional venía siendo ⁷⁹⁷.

Seríamos unos ilusos si pensásemos que los cambios introducidos en la naturaleza jurídica, en el concepto mismo de la libertad condicional, no iban a traer consecuencias correlativas en la regulación definitiva de la institución. Pero algo falla. La libertad condicional forma parte de nuestro sistema de cumplimiento, su aplicación resulta posible a todas las condenas e internos como una fase de dicho sistema, y depende, eminentemente, de la evolución tratable que esos internos manifiesten. Frente a ello, configurarla como suspensión de la condena impuesta, puede servir para justificar fines concretos del legislador, como el de la pérdida del tiempo transcurrido en libertad condicional en caso de revocación de la misma. Sin embargo, el fin, siendo éste además pobre, no puede justificar los medios. El resultado es una institución mixta, deslavazada, en la que se introducen elementos que nada tienen que ver con la originaria configuración de la misma, y trastocan definitivamente su sentido.

⁷⁹⁷ GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «Regulación legal de la pena de prisión permanente revisable», *RDPP*, n.º 41, 2016, p. 105.

CAPÍTULO V

LA CADENA PERPETUA REVISABLE: EL DUDOSO ENCAJE CONSTITUCIONAL DE UNA PENA QUE INSTRUMENTALIZA EL DERECHO DE EJECUCIÓN

1. LA DIFÍCIL UNIÓN ENTRE LA LIBERTAD CONDICIONAL Y LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE

Como acabamos de anunciar, configurar la libertad condicional como medida alternativa tiene una finalidad primordial en relación a la pena de prisión permanente revisable que la LO 1/2015 introduce⁷⁹⁸. Mediante la misma,

⁷⁹⁸ DEL CARPIO DELGADO, J., «La pena de prisión permanente en el Anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal», *Diario La Ley*, n.º 8004, Sección Doctrina, 18.1.2013; y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., «De lege ferenda: Proyecto de Ley de reforma del Código Penal (Introducción de la pena de prisión permanente revisable y modificaciones en las reglas de aplicación de las penas)», *Diario La Ley*, n.º 8294, Sección Doctrina, 16.04.14, pp. 2-5, ofrecen un recorrido por las notas características de la reforma, destacando el durísimo régimen de cumplimiento que se establece en los supuestos de aplicación de la prisión permanente revisable. Tomando como base el texto definitivo publicado, CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 109-131, expone el régimen de cumplimiento que resulta y sus deficiencias e incoherencias desde el punto de vista de la normativa constitucional, penal y penitenciaria. En las siguientes páginas abordamos el primero y último de los ámbitos destacados, sin embargo, conviene tener en cuenta que desde el punto de vista eminentemente penal, también son muchas las dudas que la prisión revisable plantea y la autora destaca (pp. 111-112). Aspectos como su naturaleza y las especialidades en cuanto a determinación, posible prescripción, aplicación o no de penas accesorias y cálculo de la condena en caso de concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad o concursos de delitos, son aspectos la norma aclara sólo parcialmente y que necesitarán de interpretación. De la misma autora, *Prisión perpetua y de larga duración. Régimen jurídico de la prisión permanente revisable*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. Desde una perspectiva igualmente crítica, TAMARIT SUMALLA, J. M., «La prisión permanente revisable», en QUINTERO OLIVARES, G., 2015, pp. 93-100; CARBONELL MATEU, J. C., «Prisión permanente revisable I», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., 2015, pp. 214 y ss.; BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Penas privativas de libertad», en GRACIA MARTÍN, L., 2016, pp. 28-31; RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, pp. 331-338; GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., *RDPP*, 2016, pp. 91-138. De manera más alineada con la reforma, FERNÁNDEZ ARÉVALO,

se intenta constitucionalizar la cadena perpetua haciéndola susceptible de revisión⁷⁹⁹. En este sentido, la nueva pena de prisión permanente revisable es una pena de cadena perpetua, sujeta al procedimiento de revisión del artículo 92 CP⁸⁰⁰, que, si se cumplen todos los requisitos exigidos, puede desembocar en la concesión de una forma especial de libertad condicional. De acuerdo con dicho precepto:

«1. El Tribunal acordará la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que el penado haya cumplido veinticinco años de su condena, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 78 bis para los casos regulados en el mismo.
- b) Que se encuentre clasificado en tercer grado.
- c) Que el Tribunal, a la vista de la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas, pueda fundar, previa valoración de los informes de evolución remitidos por el centro penitenciario y por aquellos especialistas que el propio Tribunal determine, la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social.

En el caso de que el penado lo hubiera sido por varios delitos, el examen de los requisitos a que se refiere la letra c) del apartado 1 se realizará con relación al conjunto de delitos cometidos valorado en su conjunto.

El Tribunal resolverá sobre la suspensión de la pena de prisión permanente revisable tras un procedimiento oral contradictorio en el que intervendrán el Ministerio Fiscal y el penado, asistido por su abogado.

L. y NISTAL BURÓN, J., 2016, pp. 271-316; del último, «¿Es viable en nuestros ordenamientos la introducción de la pena de cadena perpetua como solución para determinados delincuentes difícilmente reinsertables?», *La Ley*, n.º 68, febrero 2010, pp. 2 y ss.

⁷⁹⁹ Al menos, mientras se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto el 30.06.15 contra la introducción de la cadena perpetua revisable (arts. 33.2 a), 35, 36, 76.1 e), 78 bis, 92 y los preceptos de la parte especial que la contemplan como castigo: arts. 140, 485.1, 605.1, 607.1.1.º y 2.º, 607 bis, 2.1.º todos ellos del CP), por los entonces grupos parlamentarios socialista, catalán (CiU), izquierda plural (IU, ICV-EUiA, CHA), Unión Progreso y Democracia, vasco (PNV, EAJ) y mixto, estando aún pendiente de resolución. Igualmente, diversos partidos incluyeron en su programa para las elecciones del 20-D la derogación de la cadena perpetua sin que la situación política del país haya permitido avanzar en dicho sentido.

⁸⁰⁰ Resumen su contenido, GRACIA MARTÍN, L., ALASTUEY DOBÓN, C., «Suspensión de la ejecución, sustitución de las penas privativas de libertad y libertad condicional», en GRACIA MARTÍN, L., 2016, pp. 151-152; CÁMARA ARROYO, S., FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *La prisión permanente revisable: el caso del humanitarismo penal y penitenciario*, Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 204-209; RODRÍGUEZ YAGÜE, C., «Las posibilidades de individualización en las penas de prisión permanente revisable y de larga duración: acceso a permisos, tercer grado y libertad condicional», en DE LEÓN VILLALBA, F. J. (Dir.), LÓPEZ LORCA, B. (Coord.), *Penas de prisión de larga duración. Una perspectiva transversal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 363-384.

2. 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, será además necesario que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.

3. La suspensión de la ejecución tendrá una duración de cinco a diez años. El plazo de suspensión y libertad condicional se computará desde la fecha de puesta en libertad del penado. Son aplicables las normas contenidas en el párrafo 2.º del artículo 80.1 y en los artículos 83, 86, 87 y 91.

El Juez o Tribunal, a la vista de la posible modificación de las circunstancias valoradas, podrá modificar la decisión que anteriormente hubiera adoptado conforme al artículo 83, y acordar la imposición de nuevas prohibiciones, deberes o prestaciones, la modificación de las que ya hubieran sido acordadas, o el alzamiento de las mismas.

Asimismo, el Juez de Vigilancia Penitenciaria revocará la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la libertad condicional concedida cuando se ponga de manifiesto un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada.

4. Extinguida la parte de la condena a que se refiere la letra a) del apartado 1 de este artículo o, en su caso, en el artículo 78 bis, el Tribunal deberá verificar, al menos cada dos años, sobre el cumplimiento del resto de requisitos de la libertad condicional. El Tribunal resolverá también las peticiones de concesión de la libertad condicional del penado, pero podrá fijar un plazo de hasta un año dentro del cual, tras haber sido rechazada una petición, no se dará curso a sus nuevas solicitudes».

Si en general, la conversión de la libertad condicional en modalidad de suspensión de la ejecución de la condena, aleja la misma de la naturaleza que tradicionalmente ha venido teniendo nuestro sistema de ejecución penal, este nuevo tipo de libertad condicional profundiza en las fricciones ya señaladas entre la norma penal y la penitenciaria, añadiendo a ellas otras nuevas. En palabras de Cervelló Donderis:

«La prisión permanente revisable tiene un régimen de libertad condicional específico que se aparta de todos los demás supuestos por perseguir como objetivo, no la excarcelación condicionada en la última fase de la condena, sino la comprobación de los requisitos que permiten la finalización de la condena (...) parece que el legislador ha previsto en el artículo 90 la libertad condicional de las penas de prisión en general, y por otro lado la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable, que en realidad cumple la función de permitir la finalización de esta pena en el artículo 92. Con ello se está privando a la prisión permanente revisable de la aplicación de la libertad condicional, ya que la finalidad de la revisión no es excarcelar anticipadamente, sino permitir la salida de prisión, aunque con condiciones, de una pena que de no revisarse será vitalicia»⁸⁰¹.

Es decir, tras la reforma, la libertad condicional en caso de la prisión permanente revisable se aleja aún más de su configuración conforme a la normativa penitenciaria. Ello en tanto deja de ser el cuarto grado de cumplimiento de la pena para actuar como instrumento que permite su finalización. Esta nueva configuración aporta una evidencia más de las importantes tensiones que tras la LO 1/2015 existen entre la LOGP y el CP y que han de resolverse con la prevalencia de uno u otro cuerpo normativo.

En concreto para la libertad condicional que el artículo 92 CP regula, estas fricciones jurídicas se manifiestan en relación al tiempo de cumplimiento de condena requerido para su concesión (calculado sobre un porcentaje de la pena impuesta); al plazo de suspensión; y los órganos encargados de concederla o de revocarla. En primer lugar, la letra a) del artículo 92 CP escoge un requisito temporal ajeno a la duración de la condena. Lo anterior porque la combinación de libertad condicional en cualquiera de sus variables –concedida a las tres cuartas, a los dos tercios o la variante supercualificada– y la cadena perpetua es imposible, dado que sobre ésta no cabe aplicar fracción alguna de cumplimiento.

En segundo lugar, de acuerdo con el apartado 3 del artículo 92 CP, el plazo de suspensión en caso de revisión de la cadena perpetua tendrá en todo caso una duración de cinco a diez años. El periodo de libertad condicional se desliga así del tiempo restante de una condena que, al ser perpetua, no puede calcularse. A su vez, se aumenta el plazo de dependencia administrativa en comparación con el régimen general de suspensión por libertad condicional, utilizando la libertad condicional para un fin que desde un punto de vista penitenciario le es ajeno: alargar la tutela administrativa sobre el condenado.

⁸⁰¹ CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 304 y 316.

Finalmente, como se infiere de la lectura del precepto, la concesión de la libertad condicional corresponde al Tribunal sentenciador, mientras que su revocación continúa asignándose al JVP como es habitual para la libertad condicional⁸⁰². La Instrucción 4/2015 llama la atención sobre este punto sin mayor precisión al respecto⁸⁰³, desconociéndose si se trata de un error del legislador o de una medida intencionada. Fernández Arévalo y Nistal Burón advierten que «no existen precedentes de que las decisiones de concesión de beneficios de un juzgado o tribunal se revoquen por otro órgano judicial»⁸⁰⁴. Por ello, los JJVP sostienen que ha de ser el Tribunal sentenciador el que acuerde la revocación de la suspensión de la prisión permanente revisable en todos los supuestos que la norma contempla, al ser dicho órgano quien la concede e impone los deberes y prohibiciones asociados a la misma⁸⁰⁵.

La importancia de la decisión de revisar la condena por el cambio que implica en el régimen de cumplimiento originariamente perpetuo puede justificar que sea el Tribunal que la impuso el que finalmente decida al respecto. Sin embargo, esto se aparta del régimen general de cumplimiento sin que se encuentren motivos de peso, más allá de la propia perpetuidad de la condena, para no proceder así en el resto de los supuestos, pues ese cambio de régimen se da en todos los casos de suspensión de condena. A la vez, imponer una excesiva especialización en los asuntos a resolver, tiende a contaminar la perspectiva y los criterios que se aplican en la toma de decisión definitiva. Si por esta distribución competencial, el Tribunal sentenciador sólo se encarga de los casos de concesión de libertad condicional ligados a las condenas más graves, los criterios a aplicar se irán endureciendo por la misma gravedad de los hechos cometidos y la condena cuya suspensión se valora.

De acuerdo con Cervelló Donderis, la redacción dada a la norma es una clara muestra del carácter punitivo y no resocializador que adquieren estas figuras –tanto la libertad condicional, como el tercer grado y los permisos respecto de los que, como veremos a continuación, se reproduce este cambio competencial– en las que la pérdida del poder de concesión por parte del JVP a favor del Tribunal sentenciador tiene un significado de mayor recorrido del que en un primer momento pudiera parecer⁸⁰⁶. Ello porque, como acertadamente destaca González Tascón, se prescinde de la mejor disposición que tiene

⁸⁰² GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., *RDPP*, 2016, p. 107.

⁸⁰³ Instrucción 4/2015, SG.II.PP., ob. cit., p. 8.

⁸⁰⁴ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., 2016, p. 308.

⁸⁰⁵ *Criterios y Acuerdo sobre la especialización del JVP*, 2017, tercera propuesta de modificación legislativa.

⁸⁰⁶ CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 122 y 130.

un órgano especializado en derecho penitenciario como el JVP para la aprobación de aquellas decisiones administrativas que pueden acercar al condenado a régimen de cumplimiento de mayor libertad⁸⁰⁷. De modo que, la función del órgano judicial durante el cumplimiento de la pena estará más enfocada a determinar el acceso a mayores cotas de libertad en el momento en el que se considera apropiado desde la perspectiva de la proporcionalidad penal, y menos, al control de si la A.P. ha desarrollado adecuadamente su labor tratamental y de si el interno se ha hecho merecedor de esas mayores cotas de libertad en función de su evolución personal⁸⁰⁸.

Por otro lado, la redacción del artículo 92 CP presenta incoherencias, redundancias y omisiones que dan idea de la poca sistemática de la que la reforma de la libertad condicional adolece⁸⁰⁹. En cuanto a las incoherencias, no tiene mucho sentido que en el régimen general de libertad condicional del artículo 90 CP se prescindiera entre sus requisitos del pronóstico final del artículo 67 LOGP, para introducirlo sin embargo luego en el artículo 92.1.c) CP, en relación con el supuesto específico de libertad condicional previsto para la pena de prisión permanente revisable⁸¹⁰. Ello, a pesar de que, de nuevo y como para el régimen general, la norma se resiste a remitirse al artículo 67 LOGP de manera específica. Algo así como si quisiera marcar diferencias con la regulación de la libertad condicional en la norma penitenciaria, pero volviendo necesariamente a la misma. De hecho, la referencia normativa a la «valoración de los informes de evolución remitidos por el centro penitenciario y por aquellos especialistas que el propio Tribunal determine» describe justamente la manera en que habitualmente se venía procediendo y que vimos que la reforma pone

⁸⁰⁷ GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., *RDPP*, 2016, p. 100.

⁸⁰⁸ En el mismo sentido crítico, RODRÍGUEZ YAGÜE, C., 2018, pp. 120 y 211 y ss.

⁸⁰⁹ Se trata ésta de una crítica extensible al conjunto de la regulación de la prisión perpetua revisable. Como refiere el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, ob. cit., p. 18, lo lógico es que la reforma incluyera un bloque de preceptos en los que se definiere la nueva pena y se delimitase su contenido, circunstancias y plazos de revisión. Más bien al contrario, la regulación sobre la prisión permanente revisable comienza en el artículo 36 CP con un contenido principalmente penitenciario, se remite al artículo 92 CP que ahora abordamos y se completa con una serie de referencias esparcidas a lo largo de toda la norma penal, general y específica, dibujando el nuevo instituto jurídico de un modo bastante caótico. Tras enumerar los preceptos del CP que participan de esta extravagante configuración, CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, 116, apunta que: «Con ello la mayor crítica que se puede hacer a la regulación de la prisión permanente revisable, más allá de su confrontación con los principios de seguridad jurídica, humanidad y reinserción social, es su total falta de sistemática que obliga a una continua búsqueda de los preceptos relacionados con la misma, y la falta de uniformidad terminológica ya que conceptos como suspensión de la ejecución, suspensión de la ejecución del resto de la pena y libertad condicional son usados de manera arbitraria y confusa sin que sea fácil determinar si se trata de las mismas o diferentes figuras jurídicas». En el mismo sentido, ARRIBAS LÓPEZ, J. E., *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2017, p. 8.

⁸¹⁰ RODRÍGUEZ YAGÜE, C., 2018, p. 165.

en entredicho. Si la Instrucción 4/2015 mantiene el informe pronóstico aún cuando la norma parecía prescindir de él, mucho más ahora en que, a pesar de no referir al precepto penitenciario que lo contempla, describe la situación que el mismo regula.⁸¹¹ De acuerdo con Fernández Arévalo y Nistal Burón, «para la valoración de la concurrencia del requisito de un pronóstico de reinserción social favorable, debe tenerse en cuenta el informe de pronóstico final emitido por la Junta de Tratamiento en los términos del artículo 67 LOGP, dejándose abierta la posibilidad de que el tribunal pueda requerir otros especialistas»⁸¹².

A su vez, el apartado 3 del artículo 92 CP se remite a la aplicación en bloque de ciertos preceptos del régimen general de la suspensión claramente pensados para penas determinadas. En concreto por la aplicación del artículo 86 CP y por la dureza que ello supone, comparativamente incluso con la regulación alemana en la que la pena de prisión permanente en parte se inspira, el Consejo Fiscal destaca que:

«Las dramáticas consecuencias de una revocación de la suspensión y el reinicio del cumplimiento de una pena indeterminada en su duración parece que requeriría una regulación especial de la revocación, en la que probablemente la comisión de un delito doloso menos grave o un delito imprudente no deberían llevar por sí misma y en todos los casos a tal revocación. Esta al menos es la opinión mayoritaria de la doctrina alemana. Como decimos, la revocación de la suspensión del artículo 86 está pensando en otros supuestos muy distintos»⁸¹³.

Pero además de esta importante cuestión de fondo, se plantea una duda de procedimiento no menos relevante que contribuye a la confusión que genera la distribución de competencias entre Tribunal sentenciador y JVP que el artículo 92 CP establece. Al remitirse éste a la totalidad del artículo 86 CP se produce una contradicción entre ambos preceptos en cuanto al órgano competente para acordar la revocación⁸¹⁴. De manera que o bien se concluye que el JVP es el competente por criterio de especialidad y que la remisión al artículo 86 CP se refiere únicamente a los motivos para acordar esa revocación –opción que nos parece más lógica–, o bien se sostiene que el Tribunal senten-

⁸¹¹ Instrucción 4/2015, SG. II. PP., ob. cit., p. 8.

⁸¹² FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., 2016, p. 304. De manera similar, TAMARIT SUMALLA, J. M., «La prisión permanente revisable», en QUINTERO OLIVARES, G., 2015, p. 99.

⁸¹³ Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, ob. cit., p. 87.

⁸¹⁴ ARRIBAS LÓPEZ, J. E., *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2017, p. 8, apunta a cómo muchos de los defectos técnicos de la regulación de la prisión permanente revisable responden a esta remisión en bloque que el artículo 92 CP realiza. Por su parte, RODRÍGUEZ YAGÜE, C., 2018, p. 180, destaca este aspecto como ejemplo paradigmático de la mala técnica legislativa que caracteriza la reforma penal de 2015.

ciador es el que decide sobre la revocación en los supuestos a los que el artículo 86 CP se refiere y el JVP en los que el artículo 92 CP especifica⁸¹⁵.

En cuanto a las redundancias, la enumeración de la letra c) podría haberse evitado mediante su remisión al régimen general del artículo 90 CP. Y lo mismo cabe decir en relación a la nueva e incomprensible reiteración del requisito del repudio y la colaboración activa en el apartado 2 del artículo 92 CP⁸¹⁶. No obstante, resulta interesante el apunte que realiza Cervelló Donderis sobre la exigencia del requisito de responsabilidad civil en los supuestos de terceros grados previos a la revisión de la condena. Teniendo en cuenta que el artículo 92 CP nada dice al respecto y que la exigencia de su abono previo en el momento del acceso al tercer grado podría tener consecuencias inaceptables al suponer la perpetuidad de la privación de libertad, la autora reclama acertadamente la atenuación de las exigencias concernientes a su abono⁸¹⁷.

Finalmente, las omisiones, se dan especialmente en materia procedimental. En primer lugar, en relación al procedimiento contradictorio previo a la resolución sobre la revisión de la condena, Ríos Martín destaca que su escasa regulación favorece la pasividad del tribunal⁸¹⁸. De modo que la actitud proactiva de control de la actividad penitenciaria respecto de estos internos, queda sustituida por otra pasiva, meramente receptiva de los informes que periódicamente se le envíen⁸¹⁹. Igualmente, Fernández Arévalo y Nistal Burón, advierten que el artículo 92 CP no habla de la intervención de las acusaciones particulares en el citado procedimiento⁸²⁰, lo que resulta un tanto sorprendente teniendo en cuenta el protagonismo que la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito, coetánea a la reforma que ahora se aborda, ha tratado de darles y su participación en otros incidentes procedimentales que pueden asimilarse –como sucede en el levantamiento del periodo de seguridad (art. 36.2 CP), y, más específicamente, en el incidente de revocación de la re-

⁸¹⁵ Así lo sostiene CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 129-130. SALAT PAISAL, M., «Libertad condicional», en QUINTERO OLIVARES, G., 2015, p. 199, aborda esta cuestión y apunta el mismo problema interpretativo para el régimen general, en el que el artículo 90.5 CP también se remite al artículo 86 CP. Sin embargo, al no darse intervención alguna del Tribunal sentenciador en la concesión de la suspensión, la mayor parte de la doctrina entiende que, en el régimen general, la remisión lo es al contenido del artículo 86 CP y no a los aspectos competenciales que determina. Así, ORTEGA CALDERÓN, J. L., *Diario La Ley*, 2017, p. 3.

⁸¹⁶ GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., *RDPP*, 2016, p. 105.

⁸¹⁷ CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 127.

⁸¹⁸ RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, p. 336.

⁸¹⁹ ACALE SÁNCHEZ, M., «Apuntes sobre la inconstitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable desde la perspectiva del Derecho Penitenciario», en ARROYO ZAPATERO, L. A., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., PÉREZ MANZANO, M. (Ed.), RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (Coord.), *Contra la cadena perpetua*, Universidad Castilla-La Mancha, 2016, p. 167.

⁸²⁰ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., 2016, pp. 301-302.

visión de la cadena perpetua (art. 86.4 CP, aquí también aplicable por la remisión del art.92.3 CP)-⁸²¹. Por último, para dicha revocación, la norma no dice nada del JVP competente a tales efectos, desconociéndose por tanto si, al margen del JVPC, lo es el de la sede del Tribunal sentenciador, el del centro penitenciario del que el interno es excarcelado o el del domicilio que éste fije durante su libertad condicional⁸²².

En otro orden de cosas, cabe valorar más positivamente la aplicación del artículo 91 CP, permitiendo también para los supuestos de cadena perpetua la valoración de motivos humanitarios en la concesión de la libertad condicional⁸²³. Ello aunque en relación con la libertad condicional de los enfermos, persistan las mismas controversias y dificultades prácticas anteriormente comentadas. Igualmente hay que valorar de un modo favorable el apartado 4 del precepto en cuanto obliga a una valoración cíclica de los casos en que, transcurrido el tiempo para proceder a la revisión de condena, ésta no se hubiera producido. Teniendo en cuenta el carácter extremadamente oneroso de la pena que se introduce y la posible pasividad judicial que la doctrina anuncia, se agradece que el procedimiento obligue a replantear los acuerdos contrarios a la revisión de la perpetuidad, de manera que estos supuestos sean los menos.

Sin embargo, la obsesión del legislador por establecer compartimentos normativos estancos según la modalidad de libertad condicional a la que nos refiramos, se aprecia especialmente en el ámbito procedimental. Para los casos en que la petición de revisión provenga del penado, el artículo 92.4 CP establece que:

«El tribunal (...) podrá fijar un plazo de hasta un año dentro del cual, tras haber sido rechazada una petición, no se dará curso a sus nuevas solicitudes».

Si bien es cierto que la diferencia de este plazo con el previsto para el régimen general de la libertad condicional en el artículo 90.7 CP es de tan sólo seis meses, también lo es que la obsesión normativa por establecer regímenes de cumplimiento diferentes según la modalidad de libertad condicional y por ende, según el tipo de delito cometido, roza el absurdo. Con ello, no sólo se trata de que los modos de cumplimiento y el fondo de la ejecución de la pena sean diferentes, sino que su mera forma, los propios procedimientos para acceder a los mismos, también difieran. A su vez, la justificación de la mayor duración del plazo de revisión, en la también mayor duración de las penas de

⁸²¹ GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., *RDPP*, 2016, p. 100.

⁸²² FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., 2016, pp. 308-309.

⁸²³ CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 115. Así lo reclaman, RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, pp. 337-338.

cadena perpetua, plantea dudas sobre si, de establecerse un plazo específico para la revisión, no hubiera sido preferible optar justamente por hacerlo en sentido contrario. Esto es, debido a la mayor duración de la condena y su mayor incidencia en los derechos fundamentales del interno afectado, quizá convendría vigilar más a menudo si se está procediendo con un rigor innecesario en su forma de ejecutar el cumplimiento.

2. AMPLIACIÓN DEL PERIODO DE SEGURIDAD Y NUEVA TIPOLOGÍA DE PERMISOS PENITENCIARIOS

La reforma no se conforma con forzar la libertad condicional para hacer de ella el instrumento mediante el que revisar la cadena perpetua. Los cambios que la misma experimenta no son más que el inicio de otros que se extienden por toda la norma penitenciaria afectando también al tercer grado y los permisos ordinarios⁸²⁴. Con la única finalidad de crear un régimen de cumplimiento específico para los supuestos en que se decreta cadena perpetua, se trastocan hitos principales de cumplimiento del sistema de individualización científica como son el tercer grado y los permisos ordinarios⁸²⁵. El artículo 36.1 CP resume estos cambios. De acuerdo con el mismo:

«1. La pena de prisión permanente será revisada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 92.

La clasificación del condenado en el tercer grado deberá ser autorizada por el tribunal previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, oídos el Ministerio Fiscal e Instituciones Penitenciarias, y no podrá efectuarse:

- a) Hasta el cumplimiento de veinte años de prisión efectiva, en el caso de que el penado lo hubiera sido por un delito del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código.
- b) Hasta el cumplimiento de quince años de prisión efectiva, en el resto de los casos.

En estos supuestos, el penado no podrá disfrutar de permisos de salida hasta que haya cumplido un mínimo de doce años de prisión, en el caso previsto en la letra a), y ocho años de prisión, en el previsto en la letra b)».

⁸²⁴ Analizan el sistema de ejecución de la prisión permanente revisable, CÁMARA ARROYO, S., FERNÁNDEZ BERMEJO, D., 2016, pp. 183-194; RODRÍGUEZ YAGÜE, C., «Las posibilidades de individualización en las penas de prisión permanente revisable y de larga duración: acceso a permisos, tercer grado y libertad condicional», en DE LEÓN VILLALBA, F. J., LÓPEZ LORCA, B., 2017, pp. 331-358; RODRÍGUEZ YAGÜE, C., 2018, pp. 89 y ss.

⁸²⁵ La situación es tal que SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, I., 2016, pp. 61-62, hablan de «invasión del CP en la legislación penitenciaria».

La relevancia de los plazos que el artículo 36.1 CP determina es mayor si tenemos en cuenta que la pena de prisión permanente revisable se establece como pena única para cada uno de los delitos que la Parte Especial del CP escoge⁸²⁶. Tamarit Sumalla señala que, a pesar de que se trata de un régimen similar al de otros códigos penales europeos, «la fijación legal de la máxima penal como pena única es uno de los aspectos que cabe censurar del modo en que ha sido introducida en el CP, dado que contradice la pretensión, anunciada en la Exposición de Motivos, de que quede reservada a supuestos de excepcional gravedad»⁸²⁷. Siendo esto así, irremediamente para estos delitos, se prevén tiempos de cumplimiento específicos para el acceso al tercer grado y los permisos ordinarios y, dentro de estos, se establece otro régimen aún más duro para los supuestos de delitos de terrorismo. Todo ello siguiendo la lógica del *Derecho Penal del enemigo* que progresivamente se refina y abarca más y más supuestos⁸²⁸. Nuestra valoración del régimen de cumplimiento que resulta no podía ser más negativa.

En concreto, el tiempo de duración del periodo de seguridad del artículo 36.2 CP se extiende a quince años. Si dicho periodo ya se introdujo para endurecer el cumplimiento en determinados supuestos, vemos cómo se esta-

⁸²⁶ Se trata de los delitos de los artículos 140 CP («1. El asesinato será castigado con pena de prisión permanente revisable cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: 1.ª Que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad. 2.ª Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima. 3.ª Que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal. 2. Al reo de asesinato que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas se le impondrá una pena de prisión permanente revisable»), 485.1 CP («El que matare al Rey o a la Reina o al Príncipe o a la Princesa de Asturias será castigado con la pena de prisión permanente revisable»), 573 bis.1.1.ª CP («Los delitos de terrorismo a los que se refiere el apartado 1 del artículo anterior serán castigados con las siguientes penas: 1.ª Con la de prisión por el tiempo máximo previsto en este Código si se causara la muerte de una persona»), 605.1 CP («El que matare al Jefe de un Estado extranjero, o a otra persona internacionalmente protegida por un Tratado, que se halle en España, será castigado con la pena de prisión permanente revisable»), 607.1.1.º y 2.º CP («Los que, con propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados: 1.º Con la pena de prisión permanente revisable, si mataran a alguno de sus miembros. 2.º Con la pena de prisión permanente revisable, si agredieran sexualmente a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 149»), 607 bis, 2.1.º CP («Los reos de delitos de lesa humanidad serán castigados: 1.º Con la pena de prisión permanente revisable si causaran la muerte de alguna persona»). FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., 2016, pp. 294-295.

⁸²⁷ TAMARIT SUMALLA, J. M., «La prisión permanente revisable», en QUINTERO OLIVARES, G., 2015, pp. 96-97.

⁸²⁸ El CGPJ advierte sobre la escasa conveniencia de establecer regímenes de cumplimiento específicos sobre la base de la singularidad de los delitos cometidos. Informe del CGPJ al Anteproyecto de la LO 1/2015 de reforma del CP, Comisión de Estudios e Informes, 23.01.13, p. 45. Igualmente, RODRÍGUEZ YAGÜE, C., «Las posibilidades de individualización en las penas de prisión permanente revisable y de larga duración: acceso a permisos, tercer grado y libertad condicional», en DE LEÓN VILLALBA, F. J., LÓPEZ LORCA, B., 2017, p. 349.

blece un régimen específico dentro del mismo en una espiral desproporcionada de dureza que parece no acabar. Junto al tercer grado, la especialidad que el precepto establece afecta también a los permisos. Para los casos de cadena perpetua, los permisos penitenciarios dejan de referirse a la cuarta parte de la condena, por propia imposibilidad de cálculo, para contemplar un requisito temporal fijo que asciende a ocho años. Si lo anterior no fuera suficiente, sobre este régimen de por sí específico, se establece otro referido a los delitos de terrorismo que sitúa en doce y veinte años los tiempos de cumplimiento necesarios para el disfrute de permisos ordinarios y el tercer grado, respectivamente. Como apunta Cervelló Donderis, «dado el carácter excepcional del artículo 36 CP, al recoger los plazos para acceder al tercer grado de los supuestos de prisión permanente revisable, ya no se deberían incluir más distinciones relacionadas con las tipologías delictivas»⁸²⁹, pues el resultado global es del todo desproporcionado.

Se profundiza así en la colisión entre la perspectiva penal y la penitenciaria, tanto en relación a los dos instrumentos penitenciarios afectados, como al propio sistema en sí. En cuanto al tercer grado, mientras que el sistema penitenciario no prevé requisitos temporales para el acceso al mismo, el artículo 36 CP los establece con carácter cada vez más exigente. En relación a los permisos, se suma una nueva contradicción a las que ya venimos enumerando, esta vez entre el precepto que analizamos y los artículos 47 y 48 LOGP que continúan estableciendo únicamente el cumplimiento de la cuarta parte de la condena como requisito necesario para el acceso a los permisos penitenciarios con independencia de la magnitud de la condena impuesta⁸³⁰. Tamarit Sumalla suscita la duda de si la especialidad afecta sólo a los permisos ordinarios o también a los extraordinarios, pues el artículo 36.1 CP no hace distinciones al respecto. El autor interpreta que la pretensión del legislador es la de establecer «el mínimo requerido para acceder a los permisos ordinarios, que con carácter general es de haber cumplido la cuarta parte de la condena, resolviendo el problema derivado de la falta de un límite temporal de la pena»⁸³¹. A nuestro entender se trata de una interpretación acertada. De modo que los permisos extraordinarios se podrán conceder a los condenados a cadena perpetua revisable bajo los parámetros de la LOGP y del principio de humanidad y al margen

⁸²⁹ CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 214-215.

⁸³⁰ Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, ob. cit., p. 18, advierte de la necesaria modificación de los artículos 47 y 48 LOGP para procurar su concordancia con la nueva norma penal.

⁸³¹ TAMARIT SUMALLA, J. M., «La prisión permanente revisable», en QUINTERO OLIVARES, G., 2015, p. 98.

de la necesaria preparación para la vida en libertad característica de las salidas ordinarias⁸³².

Con carácter general, la lógica de los sistemas progresivos se traslada paulatinamente a nuestro sistema de ejecución, de manera que se prevén tiempos de cumplimiento en regímenes de aplicación previamente determinados e independientes de la concreta evolución del penado. En este sentido, Fernández Arévalo y Nistal Burón reconocen que:

«La cuestión que suscita la introducción de la nueva pena de prisión permanente revisable es la imposibilidad de proyectar en su pureza el sistema de individualización científica a la pena de prisión permanente revisable»⁸³³.

Más allá del problema teórico que ello puede suponer, lo cierto es que desde el punto de vista de su aplicación práctica, esos tiempos que se imponen tampoco resultan materialmente adecuados. Si combinamos lo que establecen los artículos 36.1 y el 92 CP, en los casos en que se hubiera impuesto cadena perpetua el itinerario temporal de cumplimiento sería, en el mejor de los casos, el que sigue: acceso a permisos a los ocho años de cumplimiento efectivo, acceso al tercer grado a los quince años de cumplimiento y revisión de condena a los veinticinco. Pautas temporales excesivamente prologadas, que se alargan aún más para el caso de delitos vinculados al terrorismo, y que resultan del todo contraproducentes a los efectos de normalización social paulatina⁸³⁴.

Este último aspecto se agrava por la importante incoherencia interna del precepto que analizamos y la dureza con que perfila los tiempos de acceso a los permisos ordinarios. Como explica el CGPJ en su Informe al Anteproyecto de la reforma:

«(...) Se constata que para el cálculo del cumplimiento de la cuarta parte de la condena se ha tomado como referencia la cifra de 32 años, para el supuesto general (8 es la cuarta parte de 32) y de 48 años para los delitos vinculados con la actividad terrorista (12 es la cuarta parte de 48). El periodo contemplado por el prelegislador para la concesión de permisos de salida es distinto del seguido para fijar la progresión al tercer grado. Si se tiene en cuenta el criterio establecido en el vigente artículo 36.2, en cuya virtud, para la progresión al tercer grado es necesario haber cumplido la mitad de la condena, el número de años tomados en consideración por el número 3 del artículo 36 es de 30 años para el supuesto general (15 es la mitad de 30) y 40 años para los delitos de naturaleza terrorista (20 es la mitad de 40).

⁸³² GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., *RDPP*, 2016, p. 97; RODRÍGUEZ YAGÜE, C., 2018, p. 137.

⁸³³ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., 2016, p. 315.

⁸³⁴ GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., *RDPP*, 2016, p. 104.

Como se observa, los parámetros seguidos para la progresión al tercer grado y para el disfrute de permisos de salidas son diferentes. Tal diferencia no se halla aparentemente justificada y, por ello, sin perjuicio de insistir en la conveniencia de fijar un régimen homogéneo para todos los delitos sancionados con PPR, sería consecuente establecer como referente, a efectos de calcular el cumplimiento de la cuarta parte de condena, la cifra de treinta años y, en su caso, la de cuarenta años para el delito previsto en el artículo 570.2.1, de manera que los permisos de salida pudieran disfrutarse transcurridos siete años y seis meses o, para el caso de mantenerse la diferenciación por la naturaleza del delito, diez años para los delitos relacionados con la actividad terrorista»⁸³⁵.

La rectificación de esta distorsión en el sentido que apuntó en su día el CGPJ, a pesar de mantenerse los problemas de fondo que señalamos, habría sido bienvenida, al rebajarse los tiempos necesarios para el acceso a los permisos y acomodarse, dentro de la lógica proporcional que se acoge, los requisitos temporales de los diferentes hitos del cumplimiento⁸³⁶. Es por ello que secundamos a Fernández Bermejo cuando advierte que:

«No se alcanza a comprender la inexistencia de argumentación y de justificación por parte del legislador, cuando convierte la cuarta parte de cumplimiento de una condena determinada en materia de permisos ordinarios de salida (artículo 154 RP), en un plazo que oscila de entre ocho a doce años, en función de los casos, como lo es con la prisión permanente»⁸³⁷.

A su vez, dos aspectos adicionales resultan jurídicamente chocantes. De un lado, el hecho de que no se contemplen previsiones temporales para los supuestos de concurso de delitos contribuye de nuevo a que dudemos de la proporcionalidad de la norma⁸³⁸. De otro, plantea dudas el hecho que no se incluya, junto a los delitos de terrorismo, aquellos otros que se comenten en el seno de organizaciones criminales con independencia de su dedicación delictiva. Primero porque ambos grupos de delitos han ido de la mano en todos y cada uno de los mecanismos de endurecimiento de la condena introducidos desde la LO 7/2003. Segundo, porque el propio apartado 2 del artículo 36 CP, incluye las organizaciones criminales en los supuestos en que el régimen general de aplicación del periodo de seguridad se endurece mediante la obligatoriedad de su establecimiento.

⁸³⁵ Informe del CGPJ al Anteproyecto de la LO 1/2015 de reforma del CP, ob. cit., pp. 46-47. CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 295, destaca esta incoherencia normativa y la desproporcionalidad que conlleva en cuanto al acceso a los permisos ordinarios.

⁸³⁶ GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., *RDPP*, 2016, p. 97.

⁸³⁷ FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *Estudios penales y criminológicos*, 2015, p. 183.

⁸³⁸ CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 295.

Finalmente, y como sucedía para la revisión a través del artículo 92 CP, el artículo 36.1 CP hace referencia de nuevo al Tribunal como el órgano competente para conceder el acceso al tercer grado. A pesar de que la Instrucción 4/2015 no dice nada al respecto, la diferencia terminológica con el resto de apartados del precepto es clara y no deja lugar a dudas. Se fragmenta de nuevo el sistema general no sólo en lo sustantivo, sino también en lo procedimental, por lo que cabe repetir uno por uno los argumentos antes expuestos en relación a la libertad condicional⁸³⁹.

3. EL RÉGIMEN DE ACUMULACIÓN JURÍDICA: LA PROGRESIVA DESAPARICIÓN DE LOS PERMISOS PENITENCIARIOS

La exposición de la situación en que queda el sistema penitenciario tras la reforma, no sería completa sin el régimen de acumulación jurídica regulado en los artículos 76 y 78 CP, introducidos por la LO 7/2003, y el art. 78 bis CP, redactado por la LO 1/2015 para los casos en que esa acumulación jurídica incluya la cadena perpetua. En concreto, según el art. 76 CP⁸⁴⁰:

«1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho

⁸³⁹ CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 215, advierte de nuevo de la distancia que existe entre los Tribunales Sentenciadores y los centros penitenciarios, concluyendo que «hubiera sido aconsejable dejar su concesión en manos del Juez de vigilancia por su mayor especialización y proximidad al centro penitenciario».

⁸⁴⁰ Respecto del mismo, la LO 1/2015 añade el apartado e), referente a la cadena perpetua revisable, y mejora la redacción del apartado 2 en cuanto al criterio temporal que determina la acumulación jurídica. A pesar de lo reciente de la reforma, la STS de 11 de julio de 2015 ya ha interpretado su alcance (STS 5071/2005 Ponente Giménez García, J). Como refiere DOLZ LAGO, M. J., en el Editorial del *Diario La Ley*, n.º 8606, Sección Comentarios de jurisprudencia, 16.09.15, «la sentencia comentada tiene interés cuando resalta (...) que la reforma penal de 2015 obligará a tener en cuenta para seleccionar las acumulables un dato esencial cual es el de la fecha del enjuiciamiento del hecho primero objeto de la acumulación y no la de la sentencia, partiendo de la primera sentencia dictada o más antigua, sin que ello sea obstáculo para la formación de bloques sucesivos de sentencias acumulables», aspecto fundamental a considerar en las acumulaciones jurídicas que los Juristas soliciten desde los centros penitenciarios. CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 164-169, explica la figura de la acumulación jurídica, los requisitos que se exigen para su aplicación y la evolución jurisprudencial que se ha producido en torno a los mismos acogida en la redacción que la LO 1/2015 da al artículo 76 CP. Profundizan en ello, BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Aplicación y determinación de la pena», en GRACIA MARTÍN, L., 2016, pp. 116-120; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, pp. 152-166; y especialmente, GARCÍA SAN MARTÍN, J., 2016. Desde una perspectiva práctica, RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, pp. 715-747, quienes, a la par, ofrecen soluciones jurídicas para reducir las condenas no acumulables cuya duración se cuestiona desde los artículos 15 y 25.2 CE.

máximo, que no podrá exceder de 20 años. Excepcionalmente, este límite máximo será:

- a) De 25 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión de hasta 20 años.
- b) De 30 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años.
- c) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años.
- d) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años.
- e) Cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión permanente revisable, se estará a lo dispuesto en los artículos 92 y 78 bis.

2. La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar».

Pero el verdadero alcance del precepto y sus efectos en el orden penitenciario, se conoce combinando su contenido con el del artículo 78 CP⁸⁴¹. De acuerdo con el mismo:

«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. 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

⁸⁴¹ Sobre el mismo y su interesante relación con la Doctrina Parot, CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 169-173. En relación con ésta, SOLAR CALVO, P., «A vueltas con la doctrina Parot (...)», *Diario La Ley*, 2013. Igualmente, «Doctrina Parot y TEDH (...)», *Legal Today*, 2013. Sobre el precepto, BUENO ARÚS, F., «Nota sobre el cumplimiento 'íntegro' de las penas y los beneficios penitenciarios», *AJA*, n.º 725, 2007, pp. 6-12.

organizaciones 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.
- b) A la libertad condicional, cuando quede por cumplir una octava parte del límite máximo de cumplimiento de la condena».

De la primera lectura de ambos preceptos, se obtiene la idea de que nuestro ordenamiento ya contemplaba algo parecido a la cadena perpetua con anterioridad a la LO 1/2015⁸⁴², con penas privativas de libertad de hasta cuarenta años, en las que la aplicación de los beneficios sobre la totalidad de las mismas y no sobre la condena resultante de la acumulación jurídica, puede obligar a amplios periodos de cumplimiento efectivo⁸⁴³.

En segundo lugar, la lógica ya habitual del *Derecho Penal del enemigo*, se manifiesta tanto en el establecimiento de límites máximos de condena más onerosos para determinados tipos de delincuencia (art. 76.1, d) CP), como en los tiempos específicos que el apartado 2 del artículo 78 CP establece para el acceso al tercer grado y la libertad condicional –incluyendo, ahora sí, junto a la delincuencia terrorista, la vinculada a organizaciones criminales–. Endurecimiento y fragmentación normativa a los que nos vamos acostumbrando.

En el orden penitenciario, como sucedía para el régimen común de la cadena perpetua (arts. 36.1 y 92 CP), el artículo 78.2 CP atenta contra el sentido individualizador de nuestro sistema de ejecución, estableciendo el acceso a fases del mismo tras el transcurso de un tiempo que resulta indispensable, con independencia de la evolución tratamental del interno. A la vez, como también sucedía con la cadena perpetua simple y sus previsiones de acceso al tercer grado y a la libertad condicional, los tiempos de cumplimiento efectivo que se establecen difieren de la norma penitenciaria que o bien no los contempla, como sucede en el caso del tercer grado, o bien contempla otros. Más aún, el apartado 2 del artículo 78 CP dinamita por sí sólo la estructura básica de nuestro sistema de ejecución. Por el propio cómputo temporal al que obliga en su último inciso⁸⁴⁴, el disfrute de permisos ordinarios se hace inviable los supuestos de delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones

⁸⁴² CÁMARA ARROYO, S., FERNÁNDEZ BERMEJO, D., 2016, p. 76.

⁸⁴³ SOLAR CALVO, P., «La cadena perpetua revisable: Una visión constitucional y penitenciaria», *Legal Today*, 30.06.15. Se plantean la dudosa constitucionalidad del régimen que se establece, MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 549; MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, pp. 81-84.

⁸⁴⁴ ARRIBAS LÓPEZ, J. E., «Los permisos penitenciarios de salida en el Código Penal», *Diario La Ley*, n.º 9065, Sección Doctrina, 20.10.17, p. 9.

criminales, esto es, justamente para las condenas presumiblemente más largas en las que la reincorporación social paulatina es más necesaria. Como señala Mapelli Caffarena:

«Aparte de las dudas de constitucionalidad y eficacia, que suscitan dichas normas, en la medida en que la finalidad resocializadora se aplica por igual a todas las penas privativas de libertad, sea cual sea su duración, y a todos los penados independientemente del delito cometido, el contrasentido de la disposición es manifiesto, ya que se ponen obstáculos para aplicar esos instrumentos precisamente allí donde más se necesitan»⁸⁴⁵.

Siendo ésta la situación anterior a la reforma, el art. 78 bis continúa esa senda normativa para los casos de acumulación jurídica cuando en que concurre cadena perpetua⁸⁴⁶. Según el nuevo artículo 78 bis:

«1. Cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión permanente revisable, la progresión a tercer grado requerirá del cumplimiento:

a) de un mínimo de dieciocho años de prisión, cuando el penado lo haya sido por varios delitos, uno de ellos esté castigado con pena de prisión permanente revisable y el resto de las penas impuestas sumen un total que exceda de cinco años.

b) de un mínimo de veinte años de prisión, cuando el penado lo haya sido por varios delitos, uno de ellos esté castigado con una pena de prisión permanente revisable y el resto de las penas impuestas sumen un total que exceda de quince años.

c) de un mínimo de veintidós años de prisión, cuando el penado lo haya sido por varios delitos y dos o más de ellos estén castigados con una pena de prisión permanente revisable, o bien uno de ellos esté castigado con una pena de prisión permanente revisable y el resto de penas impuestas sumen un total de veinticinco años o más.

2. En estos casos, la suspensión de la ejecución del resto de la pena requerirá que el penado haya extinguido:

a) Un mínimo de veinticinco años de prisión, en los supuestos a los que se refieren las letras a) y b) del apartado anterior.

⁸⁴⁵ Como señala MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, p. 84.

⁸⁴⁶ GARCÍA SAN MARTÍN, J., 2016, pp. 49 y 55, destaca la distorsión jurídica que entraña abordar la acumulación jurídica, esto es, el establecimiento del límite máximo de cumplimiento, de una pena indeterminada por naturaleza y cuya máxima duración es por tanto del todo incierta. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., *La Ley Penal*, 2017, p. 9, quien apunta cómo «con cierto grado de cinismo» parece que el legislador es partidario también de aplicar el régimen de la acumulación jurídica a la prisión permanente revisable.

b) Un mínimo de treinta años de prisión en el de la letra c) del apartado anterior.

3. 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 criminales, los límites mínimos de cumplimiento para el acceso al tercer grado de clasificación serán de veinticuatro años de prisión, en los supuestos a que se refieren las letras a) y b) del apartado primero, y de treinta y dos años de prisión en el de la letra c) del apartado primero.

En estos casos, la suspensión de la ejecución del resto de la pena requerirá que el penado haya extinguido un mínimo de veintiocho años de prisión, en los supuestos a que se refieren las letras a) y b) del apartado primero, y de treinta y cinco años de prisión en el de la letra b) del apartado primero».

Como vemos, se establecen de nuevo plazos de cumplimiento inexorable que atentan contra las bases de un sistema de cumplimiento eminentemente individualizado, se continúa con los regímenes específicos dentro de los mismos, pero, lo que es más importante, se consolida y generaliza el olvido de los permisos ordinarios como mecanismo de reincorporación social necesario en la línea ya avanzada por el artículo 78.2 CP. Conforme al artículo 78.2 CP, para los delitos de terrorismo y ligados a organizaciones criminales, el resultado de la acumulación jurídica es determinante para el cálculo de los tiempos de cumplimiento que posibilitan el acceso al tercer grado o la libertad condicional (letras a) y b) del precepto), pero no para los permisos penitenciarios, cuyo requisito de tener cumplida la cuarta parte de la condena, aparentemente, ha de continuar calculándose sobre la suma total de las condenas impuestas. Siguiendo esta misma lógica, el artículo 78 bis CP establece los periodos de cumplimiento necesarios para la progresión de grado y la revisión de la condena, pero no dice nada respecto del acceso a los permisos⁸⁴⁷. Es decir, en el supuesto de darse la acumulación jurídica constando delito con condena a cadena perpetua, y de manera generaliza, más allá de los delitos de terrorismo y vinculados a organizaciones criminales al que el artículo 78.2 CP se restringe, el CP acepta como norma general el acceso al tercer grado y la libertad condicional, sin disfrute previo de permisos.

Paradójicamente, se reproduce por la vía del endurecimiento lo que el artículo 104.3 RP permite para facilitar las clasificaciones iniciales en tercer grado: el acceso al régimen de semilibertad sin haber cumplido la cuarta parte de la condena necesario para salir de permiso. Por tanto, se repiten por vía de

⁸⁴⁷ ARRIBAS LÓPEZ, J. E., «Los permisos penitenciarios (...)», *Diario La Ley*, 2017, p. 5.

reforma penal, los problemas que vimos planteaba el artículo 104.3 RP ¿Qué hacer en estos supuestos? ¿Qué hacer en casos en que habiendo accedido el interno al tercer grado no cumple con el requisito del artículo 154 RP? ¿Cómo resolver esta paradoja que ha ido en aumento?

García Albero, para el caso del artículo 78.2 CP, tras señalar que «curiosamente, nada dice el precepto sobre los permisos de salida», apunta que «teóricamente, y ante un régimen de aplicación ya disgregado en función de la medida a aplicar –clasificación o libertad condicional–, nada obsta para que pudiera acordarse el retorno a la normalidad, a los solos efectos de permisos ordinarios de salida, en cuanto existiese respecto del penado un pronóstico favorable de reinserción, por mucho que no hubiese cumplido la cuarta parte de la suma total de las impuestas, sino sólo la cuarta parte del límite máximo de cumplimiento»⁸⁴⁸. Solución que respalda la reciente STS 1592/2017, de 27.04.17, para el *Caso Trashorras*, referida al interno condenado por el 11-M a cuarenta años de prisión como límite máximo (acumulación jurídica del art. 76.1.d) CP) y en el que se dan los condicionantes del artículo 78.1 y 2 CP para el computo específico que el artículo 78.2 CP establece respecto del acceso al tercer grado y la libertad condicional (límite máximo de cumplimiento inferior a la mitad de la suma de las condenas impuestas y delito de terrorismo). En dicha resolución se defiende que «ante la ausencia de previsión legal expresa sobre la materia, será preciso acudir al RP, que en el artículo 154 prevé un periodo mínimo de cumplimiento de diez años para los casos de una condena de cuarenta años, como es el caso»⁸⁴⁹. Es decir, avala que el requisito temporal para la salida de permiso ordinario se calcule sobre el límite máximo de cuarenta años resultante de la acumulación jurídica practicada y no sobre la suma total de las condenas impuestas.

Para el supuesto concreto del artículo 78 bis CP, Fuentes Osorio aporta una solución similar, pero referida a los nuevos plazos que para el disfrute de permisos establece el artículo 36 CP, aportando como motivos para ello que no se prohíbe de manera expresa, que el disfrute de permisos se menciona en el artículo 78 CP para privaciones de libertad de larga duración, y que el principio de resocialización exige la previsión de mecanismos que faciliten la incor-

⁸⁴⁸ GARCÍA ALBERO, R., «Acumulación jurídica de penas y cumplimiento íntegro: la reforma de los artículos 76 y 78 CP», en GARCÍA ALBERO, R., TAMARIT SUMALLA, J., 2004, pp. 86-87

⁸⁴⁹ Se trata de la interesante sentencia recaída con motivo de la petición del interno de acogerse al régimen de cumplimiento propio de la prisión permanente revisable al entenderlo más beneficioso que el resultante de la legislación anterior. A pesar de que el TS rechaza la petición pues considera que su resultado sería perjudicial para el interesado, éste obtiene un beneficio innegable como es el reconocimiento de la posibilidad de acceder a permisos ordinarios a pesar del olvido legal que venimos destacando. Analiza la resolución, SOLAR CALVO, P., «Reflexión a raíz del caso Suárez Trashorras», *Legal Today*, 17.05.17.

poración progresiva del sujeto a la sociedad y que reduzcan, en cierta medida, el efecto desocializador de la pena privativa de libertad⁸⁵⁰. Desde nuestro punto de vista, si bien ambas soluciones se sustentan desde posturas humanitarias, no se sostienen en términos de reinserción social pues como veremos a continuación, desde esta perspectiva se aconseja una mayor proximidad temporal entre el disfrute de permisos y el momento de acceso al tercer grado y la libertad condicional.

A su vez, al margen de la solución que se dé a estos casos concretos, es interesante destacar la siguiente cuestión. Como resultado de la conjunción de los artículos 36 y 78 CP, se puede dar el supuesto de que un interno condenado a prisión permanente revisable pueda acceder a permisos ordinarios, mientras que otro, condenado a una pena privativa de libertad determinada pero sometido al régimen de cumplimiento del artículo 78.1 CP, no tenga esa posibilidad⁸⁵¹. Aspecto sin duda paradójico que demuestra la carga punitiva de nuestro sistema previo a la introducción de la prisión permanente revisable y que sirve como ejemplo de los resultados asistemáticos y desproporcionados de la legislación penal de los últimos tiempos⁸⁵².

Más allá de esta importante problemática penitenciaria que se plantea, el resultado de la combinación del nuevo artículo 78 bis CP con otros dos de los preceptos con los que interactúa resulta contradictorio. Primero, en relación con el artículo 92 CP, la lógica nos dice que el artículo 78 bis CP debiera suponer un régimen de cumplimiento más severo al regular la revisión de varias penas acumuladas, entre ellas la cadena perpetua, frente a la simple revisión de ésta. Pues bien, si atendemos al supuesto del artículo 92.1.a) y los del artículo 78 bis.2.a) CP, ambos establecen en veinticinco años el tiempo necesario de cumplimiento previo a la revisión, tratando de manera igual lo que ostensiblemente merece un juicio diferente⁸⁵³. Se equiparan así los casos de revisión de una pena única de cadena perpetua, con aquellos en que se revisa el resultado

⁸⁵⁰ FUENTES OSORIO, J. L., «Periodos de cumplimiento mínimo para el disfrute de beneficios penitenciarios y permisos de salida», en QUINTERO OLIVARES, G., 2015, p. 142. ARRIBAS LÓPEZ, J. E., «Los permisos penitenciarios (...)», *Diario La Ley*, 2017, p. 7, matiza esta postura y aboga por la aplicación de los plazos del artículo 36 CP tras la realización de un cálculo de proporcionalidad. En palabras del autor, «cuando la pena de prisión permanente revisable es única, el CP determina cuándo un penado podría salir de permiso y cuándo podría ser progresado a tercer grado; cuando la misma pena está acumulada a otras, el CP dice cuándo podría ser progresado al tercer grado pero no cuándo podría salir de permiso, ¿sería admisible realizar un cálculo proporcional para trasladar lo que el legislador ha regulado a lo que ha dejado sin regular?»

⁸⁵¹ GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., *RDPP*, 2016, p. 98.

⁸⁵² FUENTES OSORIO, J. L., «Periodos de cumplimiento mínimo para el disfrute de beneficios penitenciarios y permisos de salida», en QUINTERO OLIVARES, G., 2015, p. 142.

⁸⁵³ Así lo señaló en su momento el Informe del CGPJ al Anteproyecto de la LO 1/2015 de reforma del CP, ob. cit., pp. 48-49.

de la acumulación de la cadena perpetua junto con otras privativas de libertad cuya suma no exceda de veinticinco años [casos a) y b) del art. 78 bis, 1].

En segundo lugar, en relación ahora con el artículo 78 CP, y de nuevo contra toda lógica, resultan más onerosos los periodos establecidos en el artículo 78 CP para el acceso al tercer grado en casos de acumulación jurídica de penas privativas de libertad determinadas, que los previstos en el artículo 78 bis CP para el caso de revisión de la cadena perpetua acumulada con otras⁸⁵⁴. En este sentido, el artículo 78.2 CP establece que en los supuestos de delitos de terrorismo el acceso al tercer grado sólo será posible cuando reste por cumplir una quinta parte del máximo de cumplimiento. Como dicho límite a tenor lo establecido en el apartado d) del artículo 76 CP es de 40 años, la progresión al tercer grado requerirá el transcurso de 32 años. Por su parte, los apartados 1 y 3 del artículo 78 bis CP establecen, en el peor de los escenarios posibles, los máximos de 22 y 32 años como requisitos temporales para el acceso al tercer grado, según estemos en casos de delincuencia común o de carácter terrorista. Como refirió el Consejo Fiscal en su Informe al Anteproyecto de la reforma:

«El Consejo Fiscal estima que no tiene sentido que se establezca un plazo superior de acceso al tercer grado en los supuestos de varias condenas, ninguna de ellas sancionada con la pena de prisión permanente revisable, que cuando una o dos o más delitos estén sancionados con pena de prisión permanente revisable. Por ello, se estima preciso que se revise la redacción de estos preceptos»⁸⁵⁵.

Finalmente, destacamos la previsión del artículo 140.2 CP. Prueba la fragmentariedad a la que esta nueva normativa nos aboca, el precepto se remite, confusa y equivocadamente, a una de las soluciones previstas en el artículo 78 bis CP y determina una aplicación concreta del mismo. De acuerdo con dicho precepto:

«Al reo de asesinato que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas se le impondrá una pena de prisión permanente revisable. En este caso, será de aplicación lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 78 bis y en la letra b) del apartado 2 del mismo artículo».

Se confirma así una tendencia intrínseca al *Derecho Penal de enemigo*. En contra del ideal de autocontención que Jakobs le atribuía, una vez se permiten regímenes específicos dentro de la norma penal, estos se expanden sin

⁸⁵⁴ RODRÍGUEZ YAGÜE, C., 2018, p. 160.

⁸⁵⁵ Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, ob. cit., pp. 26-27.

justificación limitadora alguna⁸⁵⁶. Acabamos de ver cómo el artículo 78 bis CP supone una extensión del régimen de cumplimiento sin permisos que el artículo 78.2 CP preveía de manera limitada para los delitos de terrorismo y cometidos en el seno de organizaciones criminales, a todos los supuestos de acumulación jurídica que incluyan una pena de cadena perpetua. Mediante el precepto que ahora destacamos, al margen incluso de cualquier previsión general, toman protagonismo supuestos específicamente determinados en la Parte Especial del CP. Se cumple así la previsión de Leganés Gómez sobre lo inconveniente de establecer regímenes específicos de cumplimiento para determinados tipos de delincuencia, pues, pensados en principio para un determinado grupo delictivo, acaban afectando a otros con los que no guardan en principio relación⁸⁵⁷. Es más, como advierte González Tascón, y a pesar de que el ámbito de aplicación de la prisión permanente revisable es aún reducido, no es de extrañar que el mismo aumente en el futuro a nuevos delitos y lo que es más grave aún, que provoque el incremento de la duración de la pena de prisión temporal en alguno delitos para evitar el distanciamiento entre su pena actual y la cadena perpetua⁸⁵⁸.

4. VALORACIÓN CONSTITUCIONAL DE UN SISTEMA DESPROPORCIONADO: ¿PUEDE CUMPLIRSE EL MANDATO DEL ARTÍCULO 25.2 CE BAJO ESTAS PREMISAS?

La introducción en nuestro ordenamiento de la prisión permanente revisable es la que más claramente responde, de entre las modificaciones normativas producidas en los últimos años, a los postulados del *populismo punitivo*⁸⁵⁹. A través de la misma se trata de castigar con la mayor dureza a los considera-

⁸⁵⁶ CANCIO MELIÁ, M., «Principios del Derecho Penal (II)», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., 2015, p. 164.

⁸⁵⁷ LEGANÉS GÓMEZ, S., 2005, pp. 121-128.

⁸⁵⁸ GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., *RDPP*, 2016, p. 95.

⁸⁵⁹ CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 119: «cuando la pena perpetua convive con largas penas de privación de libertad, y especialmente cuando la pena de perpetua es susceptible de revisión, no se entiende muy bien cuál es su necesidad de regulación más allá de servir a intereses populistas y propagandista de un Derecho Penal que deja de lado el mandato del artículo 25.2 CE. De esta forma ni el volumen de delitos graves sobre el total de la delincuencia nacional, ni la insuficiencia de las penas de prisión ya existentes, incluidas las de prisión de larga duración, justifican en modo alguna la necesidad de una nueva pena perpetua en España». Secundan esta postura, JUANATEY DORADO, C. «Política criminal, reinserción y prisión permanente revisable», *ADPCP*, t. 65, 2012, pp. 127-153; CANCIO MELIÁ, M., «La pena de cadena perpetua (prisión permanente revisable) en el Proyecto de reforma del Código penal», *Diario La Ley*, n.º 8175, Sección Doctrina, 22.10.13, p. 7; FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *Estudios penales y criminológicos*, 2015, p. 176; ANDRÉS LASO, A., 2016, p. 453.

dos máximos enemigos de la seguridad ciudadana. Se consolida así la tendencia a configurar un Derecho Penal sobre la base de postulados imposibles, guiado por el criterio de la *tolerancia cero*⁸⁶⁰, pero de alto contenido simbólico fácilmente asumible por la sociedad. A su vez, una vez metidos en la vorágine de endurecimiento, reconducir la norma a parámetros más racionales se torna más difícil. Si lo que se pretende es una especie de seguridad absoluta y dado que ésta por definición es inalcanzable⁸⁶¹, siempre habrá justificación para que la norma penal aumente en dureza y para que esos enemigos de ésta sean cada vez más numerosos. En paralelo, y por influencia de una *descarcelación* mal entendida, la libertad condicional se ha convertido en medida alternativa a lo que venía siendo hasta el momento. Es decir, de ser el cuarto grado de cumplimiento de la pena privativa de libertad, ha pasado a ser una manera de suspender su ejecución. Aspecto que no sólo sirve para endurecer su régimen con carácter general a través de los apartados 5 y 6 del artículo 90 CP, sino para permitir la revisión de la prisión permanente revisable en los durísimos términos del artículo 92 CP, dotando a esta pena de una apariencia de legitimidad también en el plano constitucional.

Tal y como expusimos al abordar el contenido del artículo 25.2 CE, y a pesar de la interpretación tan restrictiva que el TC realiza del mismo, tanto este Alto Tribunal como la doctrina coinciden en que el principio de reinserción y el mandato que conlleva para el legislador constituyen un parámetro decisivo para resolver sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes penales. De modo que:

«Una norma que impidiera de modo radical tal posibilidad de resocialización sí resultaría contraria al artículo 25.2 CE»⁸⁶².

Según el apartado II de la Exposición de Motivos de la reforma, el carácter revisable de la prisión permanente mediante la libertad condicional aleja a esta pena de la cadena perpetua y la hace compatible con los fines de reinserción social que el artículo 25.2 CE asigna a la ejecución de las penas privativas de libertad. En concreto:

«La prisión permanente revisable, cuya regulación se anuncia, de ningún modo renuncia a la reinserción del penado: una vez cumplida una parte mínima

⁸⁶⁰ Sobre el concepto, REDONDO ILLESCAS, S., 2009, pp. 31-40.

⁸⁶¹ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., *Diario La Ley*, 2014, p. 12, añade además la inadecuación de la norma penal para tales propósitos: «(...) debe entenderse que el endurecimiento de la ley no traerá mayor seguridad ni resolverá aquellos problemas cuya solución se encuentra en otros ámbitos ajenos al derecho penal».

⁸⁶² STC 160/2012, de 20 de septiembre.

de la condena, un tribunal colegiado deberá valorar nuevamente las circunstancias del penado y del delito cometido y podrá revisar su situación personal. La previsión de esta revisión judicial periódica de la situación personal del penado, idónea para poder verificar en cada caso el necesario pronóstico favorable de reinsertión social, aleja toda duda de inhumanidad de esta pena, al garantizar un horizonte de libertad para el condenado. (...) La pena de prisión permanente revisable no constituye, por ello, una suerte de «pena definitiva» en la que el Estado se desentiende del penado. Al contrario, se trata de una institución que compatibiliza la existencia de una respuesta penal ajustada a la gravedad de la culpabilidad, con la finalidad de reeducación a la que debe ser orientada la ejecución de las penas de prisión.

Se trata, en realidad, de un modelo extendido en el Derecho comparado europeo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado ajustado a la Convención Europea de Derechos Humanos, pues ha declarado que cuando la ley nacional ofrece la posibilidad de revisión de la condena de duración indeterminada con vistas a su conmutación, remisión, terminación o libertad condicional del penado, esto es suficiente para dar satisfacción al artículo 3 del Convenio (cfr. SSTEDH 12-2-2008, caso Kafkaris vs. Chipre; 3-11-2009, caso Meixner vs. Alemania; 13-11-2014, caso Bodein vs. Francia; 3-2-2015, caso Hutchinson vs. Reino Unido)»⁸⁶³.

A nuestro entender, concurren sin embargo importantes argumentos que indican lo contrario.

4.1 Fundamentos penitenciarios en contra de la constitucionalidad de la prisión permanente revisable

En primer lugar, las consecuencias de la prisión permanente en nuestro sistema de ejecución son como hemos visto, numerosas e importantes. Pero más allá de lo que los cambios abordados suponen por sí solos, su conjunto incide en las bases mismas del sistema de ejecución. La adaptación de los hitos de cumplimiento –permisos, tercer grado y libertad condicional– a la nueva pena de prisión permanente, se realiza estableciendo requisitos temporales bien contrarios a lo que la norma penitenciaria establece –caso de los permisos y la libertad condicional–, bien yendo totalmente en contra de lo que la misma permite –caso del tercer grado y la posibilidad de clasificación inicial en régimen de semilibertad del artículo 104.3 RP–. Con ello nuestro sistema de ejecución, en contra de sus propias bases, se convierte paulatinamente en un sis-

⁸⁶³ Analizan dicha Jurisprudencia, TAMARIT SUMALLA, J. M., «La prisión permanente revisable», en QUINTERO OLIVARES, G., 2015, pp. 93-95; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., 2016, pp. 288-291.

tema progresivo⁸⁶⁴, muchos menos flexible y cada vez menos individualizado. Las modificaciones penales como la introducción del periodo de seguridad y las que la cadena perpetua conlleva⁸⁶⁵, provocan que las clasificaciones en grado y los cambios regimentales aparejados dependan mucho más del cumplimiento de requisitos temporales pautados que de la evolución experimentada por los internos en términos de tratamiento.

Pues bien, a esta importante colisión de perspectivas sobre lo que ha de constituir el funcionamiento básico del sistema penitenciario, se suma que los propios tiempos de cumplimiento que se establecen en relación a la pena de prisión permanente revisable son del todo incompatibles con el tratamiento. Es decir, la prisión permanente revisable no sólo continúa el choque entre la norma penal y el sistema de ejecución que venimos detallando, sino que invalida de facto el contenido y propósitos del mismo. Por mucho que quepa la revisión de la prisión permanente en forma de suspensión o libertad condicional, los tiempos de internamiento efectivo que establece y los márgenes temporales entre los diferentes hitos del cumplimiento, hacen inviable cualquier planteamiento de reincorporación social de los condenados. Al respecto, la doctrina es unánime en admitir que las condenas de más de 15 años de duración implican una desestructuración no sólo social, sino personal, difícilmente recuperables con posterioridad al cumplimiento de las mismas⁸⁶⁶, sin que, a nuestro juicio,

⁸⁶⁴ RODRÍGUEZ YAGÜE, C., 2018, p. 18.

⁸⁶⁵ GRACIA MARTÍN, L., ALASTUEY DOBÓN, C., «La ejecución de las penas privativas de libertad (Derecho Penitenciario)», en GRACIA MARTÍN, L., 2016, pp. 40-44, ofrece un interesante resumen de cómo las diferentes reformas penales han incidido decisivamente en la naturaleza de los hitos propios de la trayectoria de reinserción.

⁸⁶⁶ Sobre dicho límite, PÉREZ MANZANO, M., «Principios del Derecho Penal (III)», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., 2015, pp. 145-146, refiere que: «En el último cuarto del siglo XX estudios realizados en los países europeos más avanzados habían alcanzado la conclusión de que la privación de libertad superior a quince años produce efectos permanentes de deterioro de la personalidad del reo, de modo que una privación de libertad de mayor duración debía considerarse inhumana: a partir de dicho período, la restricción de libertad deja de ser el único elemento aflictivo de la pena, añadiéndose otro especialmente importante consistente en el daño en el núcleo esencial de la persona –en su personalidad–; las penas largas dañan la integridad psíquica y moral del reo. Aunque el deterioro de la personalidad es paulatino a medida que aumenta la duración de la prisión, el límite de quince años se fija como momento a partir del cual los daños son irreparables. Es por ello que países como Alemania fijaron la duración máxima de la prisión para la generalidad de los casos en torno a quince años». Igualmente, LANDA GOROSTIZA, J.-M., «Prisión permanente revisable, prisión de muy larga duración, terrorismo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en LANDA GOROSTIZA, J.-M., 2016, p. 38. VAN ZYL SMIT, D., SNACKEN, S., 2013, pp. 98-104, relacionan el mayor nivel de prisionización con la mayor duración de la condena. En el mismo sentido, destacan la desproporción que supone el régimen establecido, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., 2010, p. 549; MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, pp. 82-83; RÍOS MARTÍN, J. C., «La cadena perpetua y la custodia de seguridad en la reforma penal de 2013», *RDPC*, n.º extraordinario, 2013, p. 186; ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «La nueva reforma penal de 2013», *Eunomía. Revista de la Cultura en la Legalidad*, n.º 6, 2014, p. 44.

las salidas periódicas del establecimiento puedan tener efectos suficientemente paliativos.

Las salidas de permiso ordinario y el acceso al tercer grado, ofrecen a los internos las ventajas de la relajación del régimen penitenciario. En los permisos, porque suponen un descanso de las imposiciones regimentales, quedando los controles reducidos a las presentaciones policiales que se estimen pertinentes en el lugar que se haya señalado para el disfrute de la salida. En el tercer grado, porque el acceso a la semilibertad, solo obliga normalmente a la pernocta en un CIS, aumentando con ello ostensiblemente las horas de autonomía personal. Sin embargo, ambos conllevan controles adicionales, limitaciones de la autonomía y presiones internas, difícilmente sostenibles de manera excesivamente prolongada en el tiempo. El choque inevitable entre la realidad carcelaria y la normalizada y las dificultades de adaptación que esas diferencias conllevan y que irremediablemente se presentan en los internos, acentúan su ansiedad por acabar cuanto antes con el cumplimiento de la condena, paradójicamente, cuando se disfruta de regímenes más benévolos.

Por ello, no es recomendable iniciar la dinámica de salidas de permiso ordinario si la perspectiva de acceso al tercer grado es lejana. Los permisos han de cumplir la finalidad penitenciaria que tienen encomendada de «preparación a la vida en libertad» (art. 47.2 LOGP) y no convertirse en salidas cíclicas del centro penitenciario que sirvan de mero recreo del régimen ordinario. Del mismo modo, un periodo de condena en tercer grado más allá de lo necesario puede malograr el acceso a tiempo a la libertad condicional, debiendo procurarse que éste sirva tanto de prueba como de consolidación, pero siempre con las miras puestas en un acceso a la libertad condicional temporalmente oportuno⁸⁶⁷. Sólo así podrá sentir el interno que avanza en su cumplimiento.

Siendo esta, a nuestro entender, la dinámica más adecuada conforme a nuestro sistema de cumplimiento, los tiempos que establece el CP para el caso de la cadena perpetua son del todo inapropiados a los fines que mencionamos⁸⁶⁸. Como ya hemos dicho, en el mejor de los casos, estamos en presencia de un ciclo temporal de 8, 15 y 25 años para la salida de permiso, tercer grado y libertad condicional, respectivamente. Recorrido al que hay que añadir el propio del periodo de suspensión –cinco a diez años– y la posible prórroga del

⁸⁶⁷ FUENTES OSORIO, J. L., «Periodos de cumplimiento mínimo para el disfrute de beneficios penitenciarios y permisos de salida», en QUINTERO OLIVARES, G., 2015, p. 133.

⁸⁶⁸ JUANATEY DORADO, C., *ADPCP*, 2012, pp. 132 y 149-150; FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *Estudios penales y criminológicos*, 2015, p. 181; FUENTES OSORIO, J. L., «Periodos de cumplimiento mínimo para el disfrute de beneficios penitenciarios y permisos de salida», en QUINTERO OLIVARES, G., 2015, p. 139; RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, p. 335; GARCÍA RIVAS, N., «Razones para la inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable», *La Ley Penal*, n.º 128, 2017, p. 14.

mismo. Todo ello no sólo desborda la línea roja de los 15 años de cumplimiento máximo recomendable, sino que determina una cadencia temporal psicológicamente insostenible para cualquier persona. Por tanto, si incluso la mejor de las opciones de ejecución de la prisión permanente pone en entredicho la dinámica tratamental de nuestro sistema penitenciario, es altamente dudoso que la misma pueda satisfacer los parámetros de cumplimiento específicamente del artículo 25.2 CE, a los que dicha dinámica tratamental responde.

Como advierte Mapelli Caffarena, «ni la prisión perpetua, ni las penas de larga duración pueden tener cabida en un sistema penitenciario orientado a la resocialización»⁸⁶⁹. Con motivo de la LO 1/2015, García Arán añade que «se hacen apelaciones absolutamente retóricas a la reinserción social de las penas privativas de libertad cuando, en realidad, se está fortaleciendo una concepción claramente retributiva de la pena. Miren, después de 25 años de privación de libertad no hay pronóstico favorable de reinserción»⁸⁷⁰. En el mismo sentido, García Valdés, de manera muy gráfica apunta a que «todo se ha conjugado para hacer más insufrible el cumplimiento de la pena privativa de libertad»⁸⁷¹.

En este contexto y teniendo en cuenta los plazos de cumplimiento que el CP establece para los casos en que se aplique la PPR, destaca la propuesta que realizan varios autores consistente en aplicar con mayor frecuencia el principio de flexibilidad recogido en el artículo 1002 RP en caso de condenas de larga duración. Como acertadamente apunta Rodríguez Yagüe, «por esta vía se podría soslayar el rígido requisito temporal en casos de pronóstico favorable de reinserción de condenados a penas de prisión de larga duración en los que no sea posible desactivar el periodo de seguridad de obligado cumplimiento (art. 36.2 CP) y en la prisión permanente revisable, de tal manera que estando clasificados en segundo grado de tratamiento tengan acceso a las salidas –ya vía permiso, ya de fin de semana– previstas para el tercer grado»⁸⁷². Esta perspectiva coincide con la que hemos defendido en otros trabajos⁸⁷³, donde he-

⁸⁶⁹ MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, p. 81.

⁸⁷⁰ Diario El Mundo, 19 de febrero de 2014, tras su participación en la Comisión de Justicia del Congreso el 18 de febrero.

⁸⁷¹ GARCÍA VALDÉS, C., «Sobre la prisión permanente y sus consecuencias penitenciarias», en ARROYO ZAPATERO, L. A., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., PÉREZ MANZANO, M., 2016, p. 178.

⁸⁷² RODRÍGUEZ YAGÜE, C., «Las posibilidades de individualización en las penas de prisión permanente revisable y de larga duración: acceso a permisos, tercer grado y libertad condicional», en DE LEÓN VILLALBA, F. J., LÓPEZ LORCA, B., 2017, p. 358. De la misma autora, *La ejecución de las penas de prisión permanente revisable (...)*, 2018, pp. 122 y 205 y ss. Igualmente, CÁMARA ARROYO, S., FERNÁNDEZ BERMEJO, D., 2016, pp. 238-239.

⁸⁷³ SOLAR CALVO, P., «El principio de flexibilidad en el medio penitenciario (...)», *Diario La Ley*, 2017, pp. 4-5. De manera resumida, «Por una interpretación posibilista del principio de flexibilidad (...)», *Legal Today*, 2017.

mos defendido la aplicación del artículo 100.2 RP como instrumento para soslayar la aplicación de los rígidos plazos temporales que el CP establece en determinados supuestos y siempre que la evolución tratamental del interno lo justifique. Sin embargo, esta vía no es la panacea. De un lado, como ya expusimos en el Capítulo II de la Parte I, no podemos olvidar la restrictiva aplicación que el Centro Directivo realiza en la actualidad de este precepto. De otro, se trata de un mecanismo regulado a nivel reglamentario que, en determinados casos y de conseguir aplicarse, puede atenuar los efectos de la prisión permanente revisable en un caso concreto, pero que, de ningún modo, sirven para su convalidación.

En segundo lugar, además de las importantes objeciones constitucionales que lo anterior plantea y como ya indicó el CGPJ en su Informe al Anteproyecto de la reforma, la nueva pena, a pesar de tratarse de una pena revisable, puede transformarse en perpetua si se produce un fracaso tratamental⁸⁷⁴. Y tal fracaso, dada la ausencia de programas de tratamiento específicamente desarrollados para los internos condenados a pena permanente revisable⁸⁷⁵, los tiempos de cumplimiento que se establecen y la lógica tratamental que antes hemos expuesto, se plantea como altamente probable⁸⁷⁶. Contribuye a ello que «los criterios para la revisión de la condena, idénticos a los establecidos para la libertad condicional, suponen un absoluto fraude por cuanto que no tienen por objeto determinar la peligrosidad criminal del sujeto, sino que incluyen criterios retributivos y de alarma social que nada tienen que ver con la función constitucional de la pena (la reeducación y reinserción del delincuente –art. 25.2 CE, art.15 CE–)»⁸⁷⁷. Como resume Acale Sánchez «se trata de un

⁸⁷⁴ Informe del CGPJ al Anteproyecto de la LO 1/2015 de reforma del CP, ob. cit., p. 46. En este mismo sentido, PÉREZ MANZANO, M., «Principios del Derecho Penal (III)», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., 2015, p. 148: «en primer término, porque aunque la prisión permanente sea revisable, se mantiene la posibilidad de que sea perpetua, y habrá reos para los que lo será»; RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, p. 331.

⁸⁷⁵ CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 215-216, refiere la dificultad de obtener el tercer grado una vez se está cumpliendo esta pena pues «es difícil pensar que los condenados a pena de prisión permanente revisable puedan obtener el pronóstico favorable de reinserción social que les permita acceder al tercer grado, especialmente si no se les ofrece un programa de tratamiento adecuado e individualizado». Por ello, reclama, pp. 123-124, «diseñar programas de tratamiento específicos dirigidos a facilitar la progresión a tercer grado, por ser requisito preceptivo para la finalización de la condena. Asimismo resulta necesario que sea obligatorio ofrecer estos programas por los centros penitenciarios y que se lleven a cabo por equipos especializados y estables de forma similar a lo previsto para el régimen cerrado». Igualmente, VAN ZYL SMIT, D., SNACKEN, S., 2013, pp. 282-284, RODRÍGUEZ YAGÜE, C., 2018, p. 63.

⁸⁷⁶ RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, p. 331; CÁMARA ARROYO, S., FERNÁNDEZ BERMEJO, D., 2016, pp. 151-152. Hasta tal punto es así que ante los riesgos de perpetuidad, MAPELLI CAFARENA, B., «Teoría de la pena», en CUELLO CONTRERAS, J., MAPELLI CAFARENA, B., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Tecnos, 2015, p. 269, considera que por analogía procede extender a la prisión permanente revisable el límite de 40 años del artículo 76 CP.

⁸⁷⁷ GARCÍA RIVAS, N., *La Ley Penal*, 2017, p. 14; coincidente con CÁMARA ARROYO, S., FERNÁNDEZ BERMEJO, D., 2016, p. 208, quienes apuntan cómo muchos de los factores que el CP selecciona se tienen

Derecho penitenciario reactivo, no proactivo, y cuyo fin no es alcanzar la reinserción social, sino postergarla»⁸⁷⁸.

Para valorar la solidez de este argumento, resulta especialmente interesante el análisis comparativo realizado por Serrano Gómez y Serrano Maíllo. Los autores se basan en dos estudios realizados por la Central de Observación relativos a internos con condenas de más de nueve años en el año 1991 y los años 2008-2011, respectivamente⁸⁷⁹. Del primer estudio, los autores seleccionan a 10 internos en prisión ininterrumpida de entre 9 y 16 años. Del segundo, la selección aumenta en un interno y la horquilla temporal abarca de los nueve a los veintitrés años. A pesar de los veinte años transcurridos entre uno y otro estudio, la comparación entre ambos ofrece un resultado prácticamente idéntico que se consolida en el tiempo⁸⁸⁰. De la muestra de 1991, sólo 2 internos habían conseguido acceder al tercer grado, cifra que se reduce a 1 en el estudio posteriormente realizado. Ello permite augurar el fracaso tratamental que los autores citados vaticinan para la pena que ahora se introduce. Significativamente, ello les lleva, a pesar de que aceptan la constitucionalidad de la prisión permanente revisable bajo los parámetros de los artículos 15.1 y 25.2 CE, a abogar por su supresión a causa de su inconveniencia desde un punto de vista político-criminal⁸⁸¹.

Desde otra perspectiva y teniendo en cuenta el caso específico de los permisos de salida, Cervelló Donderis llega a una conclusión semejante, señalando que:

«Aunque es positivo que la limitación sea sólo temporal, cuesta creer que puedan disfrutar de permisos de salida los condenados a la pena más grave del Código penal, cuando penados a veinte años de prisión no es muy frecuente que disfruten de permisos de salida a lo largo de toda su condena, especialmente si se trata de delitos contra las personas. Por todo ello, con pena de larga duración,

en cuenta para la clasificación inicial, pero no tienen nada que ver con el pronóstico de peligrosidad del interno; y con LANDA GOROSTIZA, J.-M., «Prisión permanente revisable, prisión de muy larga duración, terrorismo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en LANDA GOROSTIZA, J.-M., 2016, pp. 56-57, quien señala que la revisión de la prisión permanente «descansa simultáneamente en criterios materiales que tanto podrían interpretarse en una lógica retributiva, preventivo-general como preventivo-especial» sin que quede suficientemente precisado que el pronóstico de reinserción social deba ser preferente.

⁸⁷⁸ ACALE SÁNCHEZ, M., «Apuntes sobre la inconstitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable desde la perspectiva del Derecho Penitenciario», en ARROYO ZAPATERO, L. A., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., PÉREZ MANZANO, M., 2016, p. 168.

⁸⁷⁹ SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, I., 2016, pp. 83-142.

⁸⁸⁰ SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, I., 2016, pp. 126-127.

⁸⁸¹ SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, I., 2016, p. 29. De igual opinión, ARRIBAS LÓPEZ, J. E., *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2017, p. 7.

delito grave y tras años de aislamiento social los permisos de salida pueden ser muy difíciles de conseguir»⁸⁸².

Se trata de una postura coincidente con García San Martín cuando advierte cómo los beneficios penitenciarios «resultarán ilusorios, especialmente cuando pretendan aplicarse a penas que, sumadas superen ampliamente los topes legales máximos previstos en el artículo 76.1 CP»⁸⁸³. Premisa que se cumple en relación a la prisión permanente revisable, pues esta pena no sólo supera los límites máximos de cumplimiento que el artículo 76.1 CP determina, sino que ni siquiera permite establecer una fecha de cumplimiento definitivo.

En tercer lugar, aumenta estas posibilidades de fracaso tratamental y, por ende, la dudosa constitucionalidad de la pena que analizamos, el hecho de que la regulación sobre la cadena perpetua revisable no pone en manos del órgano judicial un instrumento eficaz a la finalidad de asegurar la posibilidad de excarcelación⁸⁸⁴. La revisión de la cadena perpetua depende de un juicio pronóstico de reinserción social que, aún basándose en los factores objetivos a los que se refiere el artículo 92.1 c) CP, permite una valoración amplia y eminentemente subjetiva tanto de las Juntas de Tratamiento como de los órganos de concesión y control. Valoración que si bien puede servir a los efectos de estudio de la evolución tratamental del interno durante el cumplimiento de la condena y su consiguiente clasificación en grado, no es suficientemente objetiva ni rigurosa para superar el examen de constitucionalidad que ahora abordamos y que afecta a la propia determinación de la condena⁸⁸⁵.

El legislador se aleja con ello de la postura del TEDDHH y la doctrina alemana en la que principalmente se inspira⁸⁸⁶. El Tribunal Constitucional alemán, a partir de su Sentencia de 21 de junio de 1977, exige para el condenado una oportunidad «concreta y fundamentalmente realizable de recuperar la libertad»⁸⁸⁷, por lo que la redacción que se discutía y permitía la suspensión únicamente mediante el ejercicio del derecho de gracia fue declarada insufi-

⁸⁸² CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 296.

⁸⁸³ GARCÍA SAN MARTÍN, J., 2016, p. 36.

⁸⁸⁴ CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 117-118.

⁸⁸⁵ Sobre los errores de los estudios de peligrosidad, MARTÍNEZ GARAY, L., «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad», *InDret*, n.º 2, 2014, pp. 27 y ss. De la misma autora, «Predicción de peligrosidad y juicio de constitucionalidad de la cadena perpetua», en ARROYO ZAPATERO, L. A., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., PÉREZ MANZANO, M., 2016, pp. 139-162.

⁸⁸⁶ Expone las bases de ambas, LANDA GOROSTIZA, J.-M., «Prisión permanente revisable, prisión de muy larga duración, terrorismo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en LANDA GOROSTIZA, J.-M., 2016, pp. 37-71.

⁸⁸⁷ Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, ob. cit., p. 86.

ciente y llevó a su reforma. En relación con la doctrina del TEDDHH, y como muestra Landa Gorostiza, el *Caso Vinter* (Sentencia de la Gran Sala de 09.07.13) recuerda que son dos los parámetros básicos para la valoración de la legitimidad de las penas de larga duración: que exista una expectativa de puesta en libertad y que haya una posibilidad real de revisión de la pena. De manera que, de acuerdo con el autor:

«Si el horizonte legal es inexistente, difuso o indeterminado, no cabe una planificación adecuada del itinerario rehabilitador para que el recluso pueda trabajar para alcanzar dicho objetivo»⁸⁸⁸.

En una postura igual de crítica con la regulación nacional, Cervelló Donderis, señala que:

«El transcurso de la pena perpetua está marcado por la inseguridad jurídica y la arbitrariedad al depender su duración de la valoración de aspectos subjetivos, permitiendo con ello que no afecte a todos los sujetos por igual. Contrasta en este sentido que frente a la gran discrecionalidad en su finalización, en su imposición haya un gran automatismo que no permita valorar la gravedad de los hechos delictivos, ni las circunstancias personales del autor»⁸⁸⁹.

Por ello, en la línea de estos autores, la mayor parte de la doctrina destaca que la regulación de la prisión permanente revisable atenta contra el principio de la seguridad jurídica⁸⁹⁰.

El Consejo Fiscal, trata de salvar estas críticas, otorgando a la concesión de los permisos un carácter cuasi obligatorio, dentro de la dinámica de cumplimiento de la cadena perpetua. En sus comentarios al nuevo artículo 36.1 CP, refiere que:

«La regulación muestra el influjo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, que ha deducido del principio constitucional de resocialización y del mandato constitucional de proporcionalidad un deber de las autoridades encargadas de la ejecución de las penas de relajar la ejecución y de garantizar los permisos de salida. (...) Esta obligación se concreta cuando el penado está próximo a cumplir los

⁸⁸⁸ LANDA GOROSTIZA, J.-M., «Prisión permanente revisable, prisión de muy larga duración, terrorismo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en LANDA GOROSTIZA, J.-M., 2016, p. 45.

⁸⁸⁹ CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 118-119.

⁸⁹⁰ JUANATEY DORADO, C., *ADPCP*, 2012, p. 152; PÉREZ MANZANO, M., «Principios del Derecho Penal (III)», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., 2015, p. 149; FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *Estudios penales y criminológicos*, 2015, p. 181; BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Penas privativas de libertad», en GRACIA MARTÍN, L., 2016, pp. 28 y 30.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., PÉREZ MANZANO, M., ALCÁCER GUIRAO, R., ARROYO ZAPATERO, L., DE LEÓN VILLALBA, J., MARTÍNEZ GARAY, L., «Dictamen sobre la inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable», en ARROYO ZAPATERO, L. A., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., PÉREZ MANZANO, M., 2016, pp. 49-60; GARCÍA RIVAS, N., *La Ley Penal*, 2017, p. 12; RODRÍGUEZ YAGÜE, C., 2018, pp. 123 y 153; FERNÁNDEZ BERMEJO, D., «En contra de la cadena perpetua en España (una vez más)», *La Ley Penal*, n.º 131, marzo-abril 2018, p. 20.

requisitos necesarios para lograr la suspensión del resto de la pena y ésta ya solo depende de una prognosis favorable. En estos casos la autoridad de ejecución no puede negar sin especial fundamento estas medidas (por ejemplo, con una ponderación abstracta del riesgo de abuso del permiso o de fuga), porque su conducta durante tales permisos será un dato relevante para fijar esa prognosis favorable»⁸⁹¹.

Argumentos que entendemos que decaen por la valoración, de nuevo subjetiva, que el propio Consejo Fiscal acaba asumiendo.

Además de estos efectos más visibles que la pena de prisión permanente revisable genera en el medio penitenciario, Fernández Arévalo y Nistal Burón plantean una posible consecuencia de su aplicación con la que nos mostramos en desacuerdo, pero que merece ser destacada en tanto puede orientar la política penitenciaria relativa a los internos afectados. En concreto, la cuestión radica en si la introducción de esta pena puede suponer la aplicación general del régimen cerrado a los internos a los que se les haya impuesto esta pena, pues el mero hecho de su concurrencia implica que los requisitos de los supuestos a), b) y c) del artículo 102.5 RP se satisfacen⁸⁹². A pesar de que los propios autores advierten de que adicionalmente han de concurrir las variables de peligrosidad extrema o inadaptación manifiesta, anuncian como previsible, si no esa generalización del primer grado, sí la imposición de consecuencias de separación interior dentro de los establecimientos⁸⁹³. Esto es, con independencia de su evolución tratamental, los condenados a cadena perpetua no sólo tendrán una privación de libertad más onerosa en tiempos de internamiento efectivo, sino que, previsiblemente, también las circunstancias regimentales de su internamiento se verán afectadas⁸⁹⁴.

Finalmente, cerramos esta reflexión con una cuestión no menos relevante a las ya apuntadas. Como expusimos en el Capítulo III de la Parte I, la doctrina mayoritaria asegura que el tratamiento penitenciario ha de ser voluntario en el sentido que recoge el artículo 112 RP⁸⁹⁵. Sin embargo, la revisión de la prisión

⁸⁹¹ Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995 ob. cit., p. 18.

⁸⁹² Recordando su contenido: «(...) se clasificarán en primer grado a los internos calificados de peligrosidad extrema o inadaptación manifiesta y grave a las normas generales de convivencia ordenada, ponderando la concurrencia de factores tales como: a) Naturaleza de los delitos cometidos a lo largo de su historial delictivo, que denote una personalidad agresiva, violenta y antisocial. b) Comisión de actos que atenten contra la vida o la integridad física de las personas, la libertad sexual o la propiedad, cometidos en modos o formas especialmente violentos. c) Pertenencia a organizaciones delictivas o bandas armadas, mientras no muestren, en ambos casos signos inequívocos de haberse sustraído de la disciplina interna de dichas organizaciones o bandas».

⁸⁹³ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., 2016, p. 316.

⁸⁹⁴ RODRÍGUEZ YAGÜE, C., 2018, pp. 27 y ss., plantea la relevancia que la imposición de una condena a prisión de larga duración puede tener en la determinación del centro de destino, la aplicación del régimen cerrado, la inclusión en FIES y las limitaciones regimentales del artículo 75 RP.

⁸⁹⁵ MAPELLI CAFFARENA, B., 1983, p. 268.

permanente revisable y el cese del internamiento que supone dependen entre otros, de la satisfactoria realización de dicho tratamiento. Con ello, se dan varias consecuencias cuestionables. Primero, que se acepta que la norma sea perpetua para quien no acepte llevar a cabo el tratamiento. Segundo, consecuencia de lo anterior, que una garantía jurídica de primer orden, como es la certeza de la condena y la seguridad jurídica de la que deriva, se hace depender de la voluntad del sujeto al que esa garantía ampara. Configuración bastante llamativa, no sólo por sí misma, sino porque para que pueda concurrir la garantía de la certeza del fin de la norma, se compele al interno para que renuncie a otro derecho, el de no someterse a tratamiento alguno⁸⁹⁶.

4.2 Pronunciamientos jurisprudenciales y perspectiva doctrinal en relación a las penas de larga duración y la prisión permanente revisable

A pesar de que el TC no se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable, resulta interesante considerar que los avisos de inconstitucionalidad en relación a las penas de larga duración, ya se sucedían con carácter previo a la introducción de la cadena perpetua revisable en nuestro ordenamiento, dados los máximos de cumplimiento que la pena privativa de libertad ha ido progresivamente alcanzando⁸⁹⁷. Así, con carácter general, el TS (SSTS 1005/2001, de 31 de mayo, 722/2000, de 25 de abril, 1772/1999, de 16 de diciembre, 367/1998, de 31 de marzo, 557/1996, de 18 de julio, 1822/1994, de 20 de octubre y 1985/1992, de 29 de septiembre) relacionó la duración de las condenas con el art. 25.2 CE, en el siguiente sentido:

«Unas penas excesivamente largas son un obstáculo para la posible reeducación y reinserción social del condenado e incluso pueden considerarse inhumanas y contrarias a la dignidad de la persona».

Especialmente destacada a los fines que nos interesan, la STS 1744/1993, de 7 de julio, en relación con el entonces límite máximo de los treinta años de

⁸⁹⁶ Comunicación presentada en el II Congreso Penitenciario UDIMA, celebrado el 21.02.18, publicada en SOLAR CALVO, P., «Fundamentos penitenciarios en contra de la constitucionalidad de la prisión permanente revisable», *Diario La Ley*, n.º 9166, 26.03.18, pp. 1-6.

⁸⁹⁷ A pesar de que entonces aún no se había introducido la cadena perpetua, TAMARIT SUMALLA, J. M., *RECPC*, 2007, p. 23, afirmaba: «ha podido comprobarse ya como dos de los tres países que no tienen tal pena (España y Portugal) se encuentran precisamente en el grupo de cabeza en población penitenciaria y tiempo de permanencia en prisión, lo que indica que en realidad las penas que se ejecutan son en término medio más largas que las de aquellos sistemas con cadena perpetua». Coincidente con el análisis de MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, pp. 82-83 (nota 424).

condena, avisaba del difícil acomodo que en nuestro ordenamiento encontraban las penas de larga duración. Según la misma:

«No puede conseguirse o resulta muy difícil –afirma la Sentencia de esta Sala de 30-5-1992– la consecución del mandato constitucional de resocialización cuando se produce, en función de las circunstancias, una excesiva exasperación de las penas. La legalidad constitucional debe prevalecer sobre la ordinaria en supuestos como el que nos ocupa. El desentendimiento de la inspiración constitucional rehabilitadora y de reinserción social, llevaría a un «trato inhumano» a quien, sustraído a la mecánica normal del artículo 70.2.º, del CP, se viese abocado a una situación de privación de libertad muy superior a los treinta años. Tal intensidad supondría una privación de oportunidad reinsertadora para el sujeto, una humillación o sensación de envilecimiento superior a la que acompaña a la simple imposición de la condena, trato inhumano y degradante proscrito por el artículo 15 de la Constitución».

De nuevo, sobre el límite en 40 años que nuestra legislación establece a partir de la LO 7/2003, Muñoz Conde advierte que «constituyen un triunfo de las concesiones a los sentimientos retributivos y de venganza alimentados demagógicamente. La eliminación de facto de situaciones de semilibertad orientadas a la reinserción social supone, en la práctica, la introducción de la cadena perpetua que, por definición, contradice dicha orientación constitucional de las penas»⁸⁹⁸. En el mismo sentido, García Arán afirma que: «(...) supone, de facto, la imposibilidad en algunos casos (condenas por terrorismo o varios asesinatos, etc.) a la posibilidad de acceder a la semilibertad, lo que supone una concesión al sentimiento retributivo y de venganza»⁸⁹⁹. Igualmente, García Albero en relación al régimen de acumulación jurídica y cómputo de beneficios penitenciarios que la LO 7/2003 introduce y la LO 1/2015 amplía. Ya entonces, el autor dudaba de su encaje constitucional –arts. 15 y 25.2 CE– y refería que «es preciso reconocer que nuestro país se ha situado, con la actual reforma, en la vanguardia de los sistemas represivos más duros del continente europeo, incluso por delante de aquellos países que, pese a contemplar formalmente la cadena perpetua, establecen la posibilidad de excarcelación del condenado sin sujetarla a plazos tan amplios como los vistos»⁹⁰⁰.

Por tanto, no es de extrañar que si estas valoraciones ya concurrían en torno a los máximos de cumplimiento establecidos con anterioridad a la cade-

⁸⁹⁸ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., 2010, p. 549.

⁸⁹⁹ GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 94. Igual de crítica, JUANATEY DORADO, C., *La Ley Penal*, 2004, pp. 3-30.

⁹⁰⁰ GARCÍA ALBERO, R., «Acumulación jurídica de penas y cumplimiento íntegro: la reforma de los artículos 76 y 78 CP», en GARCÍA ALBERO, R., TAMARIT SUMALLA, J., 2004, pp. 87-89.

na perpetua revisable, las críticas sobre ésta última sean mayoría y no se hayan hecho esperar⁹⁰¹. Ello sin que los argumentos que la Exposición de Motivos de la LO 1/2015 aporta para la pretendida constitucionalidad de la prisión permanente revisable sean suficientemente consistentes.

En este sentido, el apunte que hace el legislador sobre los otros ordenamientos europeos que contemplan la cadena perpetua es un tanto incompleto, pues toma de la realidad sólo la parte que le interesa sin situar la pena a la que se refiere en su contexto comparado concreto. Así, excepto el ordenamiento italiano, ninguno de los que se toman como referencia contempla un precepto similar al artículo 25.2 CE⁹⁰². Sin embargo, a pesar de ello, los tiempos de cumplimiento efectivo que los ordenamientos de nuestro entorno establecen son mucho más reducidos que los que se introducen en el nuestro⁹⁰³. Como indica Peñaranda Ramos, «(...) en el panorama de los ordenamientos jurídicos que incluyen en su catálogo de penas la cadena perpetua, el Proyecto –ahora reforma– se viene a situar en el extremo de los que establecen condiciones de revisión más severas»⁹⁰⁴.

De hecho, en contra de lo que la propia Exposición de Motivos de la LO 1/2015 da a entender, la extensión de los plazos de cumplimiento que establece se aleja de las Recomendaciones del Consejo de Europa que sitúan la primera revisión entre los 8 y 14 primeros años⁹⁰⁵. Paradójicamente, los ordenamientos en los que la reforma dice inspirarse se sitúan mucho más cerca de este límite temporal. Es el caso del ordenamiento alemán, en el que se puede obtener la libertad condicional tras cumplir quince años de prisión permanente revisable⁹⁰⁶. Es decir, lo que conforme a la reforma constituye el periodo de seguridad necesario para el acceso al tercer grado, sirve en Alemania para obtener la

⁹⁰¹ Como señalan CÁMARA ARROYO, S., FERNÁNDEZ BERMEJO, D., 2016, p. 92, la introducción de la prisión permanente revisable sólo ha sido apoyada por un sector minoritario de la doctrina. Ello hasta el punto de no conocerse el autor o autores de la reforma de 2015, ni haberse facilitado información sobre la comisión de expertos que ha trabajado en la misma.

⁹⁰² Informe del CGPJ al Anteproyecto de la LO 1/2015 de reforma del CP, ob. cit., p. 37.

⁹⁰³ Al respecto, resulta esclarecedor el análisis comparativo que realiza MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, pp. 82-83, al hilo de la introducción en nuestro sistema del límite de cumplimiento de 40 años. Profundizan el estudio, FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., 2016, pp. 277-281; CÁMARA ARROYO, S., FERNÁNDEZ BERMEJO, D., 2016, pp. 47-70.

⁹⁰⁴ PEÑARANDA RAMOS, E., «Informe crítico sobre la reforma del régimen jurídico de la suspensión y sustitución de la pena y de la libertad condicional» en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., ANTÓN BOIX, J. R., 2014, p. 72. En idéntico sentido, sobre los plazos de revisión que la norma establece, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., «La nueva pena de prisión permanente revisable», *Legal Today*, 13.02.15; FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *Estudios penales y criminológicos*, 2015, p. 178; GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., *RDPP*, 2016, p. 93; SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, I., 2016, p. 45.

⁹⁰⁵ Especialmente, la Recomendación 76/2, de 17 de febrero, del Consejo de ministros del Consejo de Europa. Exponen los principales instrumentos internacionales en la materia, FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., 2016, pp. 282-288.

⁹⁰⁶ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., 2010, p. 549.

remisión definitiva. Al margen de todo ello, el hecho que los ordenamientos de nuestro entorno contemplen como posible la cadena perpetua revisable, sea ésta más o menos dura o benévola, en nada obligan a su introducción en nuestro ordenamiento, máxime teniendo en cuenta su incompatibilidad de base con la filosofía de nuestra propia tradición penitenciaria⁹⁰⁷.

Por todo lo expuesto, puede decirse que es mayoritaria la doctrina considera que la pena de prisión permanente es contraria a los principios constitucionales de reeducación y reintegración social⁹⁰⁸. Destacamos a continuación dos valoraciones sobre esta cuestión que nos parecen altamente significativas y que redundan en los fundamentos penitenciarios para la inconstitucionalidad de la cadena perpetua antes abordados. De un lado, sobre los plazos de cumplimiento que el artículo 36.1 CP determina y su incompatibilidad con cualquier objetivo de reinserción, Pérez Manzano destaca que:

«La prisión permanente revisable tal como está configurada vulnera, en mi opinión, el mandato de resocialización. De un lado, ha de tenerse en cuenta la enorme extensión de los plazos mínimos hasta la primera revisión y la ausencia de un sistema específico de cumplimiento de esta pena, sin previsión de un programa de rehabilitación adecuado atento a los efectos desocializadores y daños psíquicos que una privación tan extensa de libertad causa; de otro, han de considerarse las restricciones de acceso al tercer grado (arts. 36.1 CP) y a los permisos de salida (art. 36.1 CP), lo que supondrá en la práctica la destrucción de los lazos afectivos, familiares o sociales previos; todo ello, unido a la ya mencionada falta de fiabilidad de los pronósticos de peligrosidad, harán imposible un pronóstico de resocialización favorable del reo, de modo que, de facto, el propio período de cumplimiento obligatorio y el régimen para él previsto, se convertirá en obstácu-

⁹⁰⁷ ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Cadena perpetua, medidas de seguridad y libertad vigilada», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., ANTÓN BOIX, J. R., 2014, pp. 37-43.

⁹⁰⁸ Desde un punto de vista general, ÁLVAREZ GARCÍA, J., *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Comares, Granada, 2001, p. 83; CUERDA RIEZU, A., *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España*, Atelier, Barcelona, 2011, p. 65; MUÑOZ CONDE, F., «Algunas reflexiones sobre la pena de prisión perpetua y otras sanciones similares a ella», *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, n.º 11, 2012., p. 252; RÍOS MARTÍN, J. C., *La prisión perpetua en España. Razones de su ilegitimidad ética y su inconstitucionalidad*, Tercera Prensa, San Sebastián 2013, p. 117. En concreto para la prisión permanente revisable, destacan entre otros, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., *Diario La Ley*, 2014, p. 4; PEÑARANDA RAMOS, E., «Informe crítico sobre la reforma del régimen jurídico de la suspensión y sustitución de la pena y de la libertad condicional» en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., ANTÓN BOIX, J. R., 2014, p. 72; TAMARIT SUMALLA, J. M., «La prisión permanente revisable», en QUINTERO OLIVARES, G., 2015, pp. 95-96; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., PÉREZ MANZANO, M., ALCÁCER GUIRAO, R., ARROYO ZAPATERO, L., DE LEÓN VILLALBA, J., MARTÍNEZ GARAY, L., «Dictamen sobre la inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable», en ARROYO ZAPATERO, L. A., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., PÉREZ MANZANO, M., 2016, pp. 60-75; en la misma obra, ACALE SÁNCHEZ, M., «Apuntes sobre la inconstitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable desde la perspectiva del Derecho Penitenciario», p. 168; BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Penas privativas de libertad», en GRACIA MARTÍN, L., 2015, p. 31.

lo insalvable para alcanzar la libertad, para la reinserción social del penado de la gran mayoría de los condenados, para los que la pena seguirá siendo perpetua»⁹⁰⁹.

De otro lado, en términos similares, pero haciendo especial mención a la posibilidad de que el tratamiento fracase y la pena de prisión sea efectivamente perpetua, Cervelló Donderis, concluye que:

«El resultado es que en la regulación de la prisión permanente revisable ha habido una clara dejación del principio constitucional de reinserción social, ante la excesiva prolongación de los plazos para la revisión, la dependencia de los pronósticos al paso de los plazos, la incertidumbre sobre la duración máxima a cumplir, y, con ello, la posibilidad de que la no superación de las revisiones de lugar a una verdadera reclusión a perpetuidad»⁹¹⁰.

Más allá de estos argumentos, nos quedamos con la reflexión que realiza Álvarez García en cuanto al principio de humanidad de las penas del artículo 15 CE, tan vinculado a la dignidad de la persona:

«(...) más allá de lo que dispone el artículo 25.2 de la CE, más allá de necesidades inocuidadoras o ejemplarizantes, más allá de las dificultades que existen para valorar la persistencia de la peligrosidad en el sujeto, más allá de la posible colisión con instrumentos internacionales signados por España..., la cadena perpetua no es aceptable éticamente.

No lo es el arrojar a un ciudadano –por grave que haya sido el crimen cometido– a una cárcel de por vida: es lo mismo que desnudarle de todos los atributos que corresponden a una persona, declararle «no persona», una perspectiva totalitaria absolutamente incompatible, por tanto, con un Estado democrático. No hay, pues, prisión permanente buena y prisión permanente mala, hay únicamente prisión permanente, cadena perpetua, y ésta implica la negación de la persona en lo que es su principal atributo: su dignidad»⁹¹¹.

⁹⁰⁹ PÉREZ MANZANO, M., «Principios del Derecho Penal (III)», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., 2015, pp. 154-155. La misma autora, p. 149, refiere que: «La prisión permanente revisable tampoco supera las exigencias derivadas del mandato de resocialización contenido en el artículo 25.2 CE, pues su regulación entra en abierta confrontación con él».

⁹¹⁰ CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 121-122.

⁹¹¹ ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Cadena perpetua, medidas de seguridad y libertad vigilada», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., ANTÓN BOIX, J. R., 2014, pp. 37 y 38. En el mismo sentido, PÉREZ MANZANO, M., «Principios del Derecho Penal (III)», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., 2015, pp. 148-150, concluye que: «la prisión permanente revisable sigue siendo cruel e inhumana» en la misma medida en que lo es la cadena perpetua al uso. Igualmente, FUENTES OSORIO, J. L., «Periodos de cumplimiento mínimo para el disfrute de beneficios penitenciarios y permisos de salida», en QUINTERO OLIVARES, G., 2015, p. 140; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., PÉREZ MANZANO, M., ALCÁCER GUIRAO, R., ARROYO ZAPATERO, L., DE LEÓN VILLALBA, J., MARTÍNEZ GARAY, L., «Dictamen sobre la inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable», en ARROYO ZAPATERO, L. A., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., PÉREZ MANZANO, M., 2016, pp. 28-45; CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 24-26; CÁMARA ARROYO, S., FERNÁNDEZ BERMEJO, D., 2016, pp. 151-152.

CAPÍTULO VI

EXTRANJEROS EN PRISIÓN: ENEMIGOS MÁS ALLÁ DE LA NORMA PENAL

1. CONTEXTUALIZACIÓN DE UN PROBLEMA

A las tensiones entre normativa penal y penitenciaria que se vienen sucediendo en los últimos años, se suma otra que afecta al colectivo de extranjeros internos en centros penitenciarios.

Comenzando por los datos, su presencia en las prisiones españolas es altamente significativa. A mediados del año 2014 en las prisiones españolas estaban ingresadas 66.851 personas, de las cuales aproximadamente el 31 % eran extranjeras⁹¹². De entre ellas, las nacionalidades más representativas en orden de importancia eran la marroquí, la rumana y la colombiana⁹¹³. Si nos

⁹¹² Ello a pesar de haber descendido en los últimos años después de alcanzar máximos históricos. De acuerdo con la estadística penitenciaria, si en 2009 ascendía a 35.240, en 2010 pasó al 26.315, para seguir descendiendo en años sucesivos: 24.502 en 2011 y 22.893 en 2012. Sin embargo, el descenso se produjo en un contexto de reducción paralela de la población penitenciaria general, que en diciembre de 2009 era de 79.076 internos y en agosto de 2013 descendió a 68.092. Las causas del descenso de la población reclusa extranjera emanan principalmente de la situación de crisis económica que el país ha atravesado estos años y que han supuesto, bien el regreso de muchos extranjeros a su país de origen, bien la continuación de su periplo vital en otros países con mayores posibilidades de empleo. Del mismo modo, se han puesto en marcha mecanismos de racionalización administrativa que, en un contexto de coste-beneficio, prefiere la expulsión de los extranjeros que su ingreso en prisión. En consecuencia, se han llevado más expulsiones a cabo. En definitiva, aunque la población extranjera se haya visto reducida, dicha reducción se relativiza por el descenso global de internos que se aprecia, y sus causas más concretas parecen dependientes de la coyuntura económica y política del momento. Analizan el descenso de la población penitenciaria extranjera y sus motivos, MONTERO PÉREZ DE TUDELA, E., RAVAGNANI, L., «La población penitenciaria en España e Italia», *RECPC*, n.º 18-09, 2016, pp. 16-18.

⁹¹³ LEGANÉS GÓMEZ, S., «La expulsión de los penados en el Código Penal de 2015», *Diario La Ley*, n.º 8579, Sección Doctrina, 09.07.15, p. 1; datos coincidentes con MONTERO PÉREZ DE TUDELA, E., RAVAGNANI, L., *RECPC*, 2016, p. 21.

retrotraemos a principios del 2010, obtenemos otro dato significativo. Mientras la población extranjera representaba el 12% de la población total, el porcentaje de extranjeros privados de libertad en nuestras cárceles alcanzaba el 35%⁹¹⁴. Ello hasta el punto de que Mapelli Caffarena advierte que «la presencia de no nacionales en las prisiones se ha convertido en uno de los problemas más destacados de los últimos años»⁹¹⁵.

Siendo esta la situación de hecho de la que se parte, el régimen jurídico de los extranjeros en prisión se complica en tanto se trata de un colectivo sobre el que recaen dos cuerpos normativos con finalidades diferentes⁹¹⁶. De un lado, la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los Extranjeros en España y su integración social (LOE), que, a pesar de su eufemística denominación, se dedica principalmente a determinar el régimen de su regularización y, de no alcanzarse ésta, su inevitable expulsión. De otro, la LOGP que tiene como finalidad principal la reinserción de todos los condenados en los términos del artículo 25.2 CE, sean estos nacionales o extranjeros.

Así, mientras que la LOE, sobre las premisas establecidas por el TC⁹¹⁷, escoge el concepto de regularización como eje básico en la asignación de de-

⁹¹⁴ DE MARCOS MADRUGA, F., «Una aproximación al tratamiento penitenciario de los extranjeros en prisión», *Diario La Ley*, n.º 7410, Sección Doctrina, 26.05.10, pp. 1 y 2.

⁹¹⁵ MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, p. 171. De manera similar, CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 379, incluye el colectivo de extranjeros entre los más relevantes de cara a entender la composición específica de la población penitenciaria. La autora destaca asimismo la relevancia que tiene la aplicación de prisión preventiva en el número de extranjeros en prisión, por la tendencia a acordarla en caso de que estos carecen de arraigo. A su vez, esta sobrerrepresentación penitenciaria de los extranjeros genera otras consecuencias, pues contribuye a la distorsión sobre su figura y es abono para múltiples prejuicios. En este sentido, ofrecen una visión más amplia sobre la situación de los extranjeros, TAMARIT SUMALLA, J. M., LUQUE REINA, E., GUARDIOLA LAGO, M. J., SALINERO ECHEVERRÍA, S., «La Victimización de migrantes. Una encuesta a colombianos en Cataluña», *RECPC*, n.º 13-11, 2011, p. 21, donde constatan que: «La encuesta ha permitido confirmar la baja visibilidad de la victimización de inmigrantes en las cifras oficiales y también en las encuestas convencionales de victimización y, por lo tanto, la necesidad de estudios centrados en la victimización de estos sectores de la población». Igualmente, BRANDARIZ GARCÍA, J. A., «Victimización de Migrantes», en TAMARIT SUMALLA, J. M. (Coord.), *Víctimas olvidadas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 45-70, y TAMARIT SUMALLA, J. M., PEREDA BELTRÁN, N., SALINERO ECHEVERRÍA, S., «La victimización de las personas inmigrantes» en TAMARIT SUMALLA, J. M., PEREDA BELTRÁN, n.º (Coords.), *Victimología: Teórica y Aplicada*, Huygens Editorial, Barcelona, 2013, pp. 273-287.

⁹¹⁶ Destaca esta contradicción, GARCÍA GARCÍA, J., Jefe de Área de Intervención y Colectivos Especiales, SG. II. PP., «Extranjeros en prisión: aspectos normativos y de intervención penitenciaria», *17 Encuentro Abogacía en Derecho de Extranjería y Asilo*, Pamplona 17 a 19 de mayo 2007, pp. 3-4. Por su parte, resume los motivos de lo que denomina «intersección entre el derecho penal y el administrativo» y, por ende, el derecho administrativo y el penitenciario, LARRAURI PUJAN, E., «Antecedentes penales y expulsión de personas inmigrantes», *Indret*, n.º 2, 2016, p. 5, incluyendo entre ellos no sólo los diferentes tipos de expulsión penal y administrativa que se abordan en estas páginas, sino también la conversión de sanciones administrativas en condenas y la mayor criminalización de conductas ligadas a la inmigración.

⁹¹⁷ El TC, en interpretación del artículo 13 CE diferencia los derechos que por desprenderse de la dignidad humana siempre pertenecen a los extranjeros como el derecho a la vida, integridad física y moral, libertad de ideología y religión, o derecho a la tutela judicial efectiva; aquellos que nunca les pertenecerán como el derecho a participar en asuntos públicos del artículo 23 CE; y aquellos otros que les pertenecerán

rechos a los extranjeros, la norma penitenciaria, además de proveerlos de derechos específicos⁹¹⁸, proclama en su artículo 3 el principio de igualdad sin reservas en cuanto a la asignación y disfrute de los derechos que contempla⁹¹⁹.

El conflicto normativo se agrava si tenemos en cuenta que lo que es presupuesto de hecho para la aplicación de la LOGP, la entrada en prisión por comisión de un delito, también lo es para la aplicación del régimen de expulsión de la LOE y el consiguiente decaimiento del título habilitante para ser portador de derechos conforme a la normativa de extranjería. En concreto, para el caso de los extranjeros que hayan cometido un delito, la LOE establece en su redacción actual y a pesar de lo que interesadamente se pueda transmitir a la opinión pública, un régimen de expulsión administrativa severo y prácticamente inevitable, basado normalmente en dos motivos. De un lado, el del artículo 57.2 LOE, que nos dice que es causa de expulsión «que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados».

Se trata de un precepto controvertido por la posible infracción del principio *non bis in idem* que plantea⁹²⁰, y que ha adquirido actualidad tras la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de los Contencioso-Administrativo,

o no según lo que establezcan las leyes y tratados, siendo estos últimos los de libertad personal, educación, asistencia sanitaria, trabajo, reunión, asociación, sindicación. La LOE es la que ha venido a establecer la manera en la que los extranjeros pueden acceder a la titularidad de estos últimos derechos, escogiendo como criterio su situación de regulares o no. Destacan entre otras, las SSTC 107/84, 99/85, 130/95, 95/2000, 95/2003. Analizan la cuestión, TAJADURA TEJADA, J., «Los Derechos y Libertades de los Extranjeros en el Ordenamiento Constitucional Español», *Anuario da Facultade de Dereito*, marzo 2014, pp. 876-885; RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, pp. 812-813.

⁹¹⁸ Especialmente, el artículo 15.5 RP sobre el derecho de los extranjeros a comunicar su ingreso en prisión a las autoridades diplomáticas y consulares, el artículo 41.7 RP sobre el derecho a que sus comunicaciones se organicen en igualdad con las de los internos nacionales, el artículo 49.3 RP del derecho a comunicar con las autoridades diplomáticas y consulares en locales adecuados, y los apartados 2 a 5 del artículo 52 RP sobre el especial derecho a información de los internos extranjeros.

⁹¹⁹ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, pp. 929-930; ANDRÉS LASO, A., 2016, p. 401, quienes se remiten al artículo 3 LOGP que proclama 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».

⁹²⁰ MOYA ESCUDERO, M. (Coord.), *Comentario Sistemático a la Ley de Extranjería*, Comares. Granada, 2001, p. 854, critica la posible infracción que supone del *non bis in idem*, pues se castiga penal y administrativamente concurriendo identidad de sujeto, hecho y fundamento. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., «Top manta, ayuda a la inmigración y irregular y expulsión de extranjeros: la reforma de los artículos 270 y 274, 311 bis, 318 bis, 89 y 108 CP» en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., ANTÓN BOIX, J. R., 2014, p. 92, apunta que: «Si bien el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 236/2007 declaró que la expulsión por antecedentes una vez cumplida la condena no supone una vulneración de la prohibición constitucional de doble sanción por la supuesta diferente finalidad de la pena y de la expulsión administrativa por antecedentes, no cabe duda de que esta previsión y la práctica actual de expulsar tras el cumplimiento, niegan toda posibilidad de reinserción en nuestro país y, de facto, se percibe como una doble condena». De una manera crí-

n.º 1 de Pamplona ante el TJUE ⁹²¹. La misma se basa en la contradicción del artículo 57.2 LOE con el artículo 12 de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre, relativa al Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, pues a pesar de la interpretación jurisprudencial que trata de abrirse paso ⁹²², el precepto no permite tener cuenta cuestiones de arraigo en la valoración sobre la expulsión de dicho tipo de residentes. En la línea que viene manteniendo en sus últimas resoluciones, la reciente STJUE de 07.12.17 ha resuelto que efectivamente un Estado miembro no puede expulsar a los extranjeros residentes de larga duración por el simple hecho de haber cometido un delito castigado con pena de prisión superior a un año, sino que el Estado habrá de valorar «la duración de la residencia en su territorio, la edad de la persona implicada, las consecuencias para él y para los miembros de su familia y los vínculos con el país de residencia o la ausencia de vínculos con el país de origen» ⁹²³.

De otro lado, suele acompañar a la causa de expulsión del artículo 57.2 LOE, el de haber cometido el extranjero la infracción del artículo 53.1, a) LOE por encontrarse irregularmente en territorio español, bien por no haber realizado los trámites de renovación una vez en prisión, bien por contar con antecedentes penales que impiden la regularización ⁹²⁴. Infracción que en consonancia con el artículo 57.1 LOE conlleva igualmente la expulsión ⁹²⁵. Por tanto, en

tica similar, LARRAURI PIJOAN, E., *Indret*, 2016, pp. 12-16, quien además, destaca lo inadecuado de que por la vía de la expulsión administrativa se alcance lo que en sede penal no se ha decretado (p. 13).

⁹²¹ *Diario La Ley*, n.º 8902, Sección Jurisprudencia, 17.01.17.

⁹²² Repasan la evolución al respecto, TRIANA REYES, B., «Doctrina constitucional sobre la necesaria motivación de las expulsiones de extranjeros residentes en España condenados a prisión. A propósito de la STS 14/2017, de 30 de enero», AA, n.º 5, 2017, pp. 90-95; PLEIE GUADAMILLAS, F., «Régimen de las expulsiones del artículo 57.2 de la LO 4/2000», AA, n.º 9, 2017, pp. 2-4; PALOMAR OLMEDA, A., «La reformulación de la doctrina en materia de derechos de los extranjeros en España: los avances de la jurisprudencia», *Diario La Ley*, n.º 9064, Sección Doctrina, 19.10.17. Ejemplos de su aplicación, exigiendo y aplicando la valoración del arraigo, Sentencia 127/2015 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 04.03.15; Sentencia 42/2015 del Tribunal Superior de Justicia de Canarias-Tenerife, de 13.03.15, *Jurisprudencia Penitenciaria 2015*, ob. cit., pp. 233-248 y 248-250, respectivamente. En el ámbito europeo, es especialmente relevante la reciente STJUE, de 10.05.17. Profundiza su análisis, SOLAR CALVO, P., «¿Expulsión automática de extranjeros delincuentes?», *AJA*, n.º 932, 2017, p. 10.

⁹²³ *Diario La Ley*, n.º 9098, Sección Jurisprudencia, 12.12.17, p. 2.

⁹²⁴ Se trata de lo que LARRAURI PIJOAN, E., *Indret*, 2016, p. 5, denomina expulsión directa e indirecta y en las que la autora expone cómo los antecedentes penales tienen una presencia reiterativa, bien para provocar la expulsión directa del art. 57.2 LOE o por la vía indirecta, impidiendo o dificultando la regularización.

⁹²⁵ Según este último precepto: «Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53.1 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción». Por su parte, el artículo 53.1 a) establece que: «Son infracciones graves: a) Encontrarse irregular-

referencia a los extranjeros en prisión, nos encontramos con un colectivo numeroso sobre cuyos miembros han recaído o es probable que recaigan órdenes de expulsión administrativa y sobre el que la LOE y la LOGP tienen objetivos marcadamente diferenciados.

No es fácil resolver esta tensión legal. Dentro de los centros penitenciarios se apela a la relación de sujeción especial que vincula a internos y Administración y que otorga primacía a la normativa penitenciaria. Paradójicamente, este vínculo que habitualmente perjudica a los privados de libertad en sus derechos, sitúa a los internos extranjeros en un estatus normativo mejor que el que les correspondería de no estar sometidos a la A. P. De este modo, un interno extranjero no regular tiene el mismo acceso a la educación, asistencia sanitaria y trabajo en el centro penitenciario que un interno nacional ⁹²⁶. No obstante, la utilidad de este concepto decae en cuanto el interno comienza a relacionarse más intensamente con el exterior, pues la relación de sujeción especial no sirve para solventar los problemas que la irregularidad administrativa plantea a la hora de acceder, por ejemplo, al mercado laboral. Y es que, el progresivo acercamiento de los internos a la vida social normalizada pierde sentido con un colectivo concreto sobre el que recae una decisión previa de irregularidad en el medio social al que la norma penitenciaria pretende reintegrarlos. Conforme a esta lógica diabólica, la igualdad en el acceso a los permisos de salida y el tercer grado se ve también muy comprometida ⁹²⁷. Si estos vienen a configurar y dar sentido al derecho al tratamiento del artículo 4 d) RP, de qué sirve el acceso a los mismos si el fin último que pretenden, la reintegración social, es de partida imposible ⁹²⁸. Se crea así *otro estatus* dentro de los internos que, como vamos a ver a continuación, lleva a situaciones materiales siempre o casi siempre injustas, pues «a pesar de la importancia del principio de no discriminación (...) la gran mayoría de ellos se encuentran en situación

mente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente».

⁹²⁶ Específicamente para la educación, el artículo 118.2 RP: «Los reclusos extranjeros tendrán las mismas posibilidades de acceso a la formación y educación que los nacionales. Con este fin, la Administración Penitenciaria procurará facilitarles los medios adecuados para aprender el idioma castellano y la lengua cooficial de la Comunidad Autónoma donde radique el Centro penitenciario».

⁹²⁷ ANDRÉS LASO, A., 2016, p. 403.

⁹²⁸ LARRAURI PUJAN, E., *Indret*, 2016, pp. 5-12, expone la importante influencia de los antecedentes penales en la obtención de cada uno de los regímenes de residencia y autorización de trabajo y el difícil y tortuoso procedimiento administrativo y judicial al que avocan a los condenados que quieran obtener o recuperar su condición de ciudadano regular.

de irregularidad y suelen ser excluidos de los programas de reintegración que se ofrecen al resto de los reclusos»⁹²⁹.

Ante esta situación, el legislador ha actuado en varios frentes. De un lado, evitando la entrada o estancia prolongada en prisión de los extranjeros irregulares, con expediente de expulsión decretado (art. 57.7 LOE) o sin él (art. 89 CP). De otro, concediendo terceros grados instrumentales a los extranjeros irregulares cuyo ingreso en prisión no haya podido evitarse. Es decir, aplicando la expulsión penal al tercer grado o las tres cuartas partes de condena según el artículo 89 CP anterior a la última reforma o, con similares efectos, la libertad condicional en país de origen artículo 197 RP. Sin embargo, además de que, como veremos a continuación, ninguna de las vías abiertas está exenta de su particular problemática, responden a un planteamiento bastante insatisfactorio.

En primer lugar, se produce una supeditación del Derecho Penal a la política de extranjería⁹³⁰ que incide intensamente en la ejecución penitenciaria y deriva de nuevo en el olvido de los fines constitucionales que la misma está llamada a realizar también con este colectivo de internos⁹³¹. La modalidades de tercer grado y libertad condicional que vamos a abordar se sitúan al margen de la lógica del sistema penitenciario al que pertenecen, pues ni buscan la reinsertión de los internos extranjeros, ni dependen de la evolución tratamental que estos manifiesten. Aspecto que, dada la cifra de extranjeros en prisión, compromete y complica el sentido propio de la actividad penitenciaria para un alto número de internos. Como apunta Mapelli Caffarena en relación al artículo 89 CP:

«El hecho de que no interesen las circunstancias personales, familiares o sociales del extranjero, ni el tiempo que pueda llevar en nuestro país, ni si es o no reincidente y sólo la naturaleza del delito, nos da idea de que estamos ante una medida que nada tiene que ver con la prevención especial, sino que complementa otras normas no penales orientadas a seleccionar la calidad de los extranjeros»⁹³².

⁹²⁹ VAN ZYL SMIT, D., SNACKEN, S., 2013, p. 289, quienes exponen ese estatus diferenciado (pp. 196-199) al hilo de las Reglas Penitenciarias Europeas –Regla 13 de la no discriminación–, el artículo 14 del CEDH y el Protocolo 12 que protege el disfrute de cualquier derecho establecido por ley.

⁹³⁰ ANDRÉS LASO, A., 2016, p. 404. Como apunta, GRACIA MARTÍN, L., ALASTUEY DOBÓN, C., «Suspensión de la ejecución, sustitución de las penas privativas de libertad y libertad condicional», en GRACIA MARTÍN, L., 2016, p. 140, «La regulación persigue exclusivamente objetivos de política de extranjería, entre los que se cuentan el de control de la inmigración ilegal, así como el de reducir el número de extranjeros en los centros penitenciarios españoles».

⁹³¹ ASENSI SABATER, J. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Edijus-Fundación Alternativas, Zaragoza, 2001, p. 442; ANDRÉS LASO, A., 2016, p. 390.

⁹³² Como apunta MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, p. 149.

En segundo lugar, el planteamiento normativo en esta materia responde también a los postulados del *Derecho Penal del enemigo*⁹³³. Los extranjeros se han consolidado como grupo específico de delincuentes a los que se aplica un Derecho Penal especial y que, en consonancia, resultan excluidos de la dinámica general del sistema de cumplimiento.

Por último, específicamente para el análisis que iniciamos, concurre un aspecto adicional que hace que su estudio sea aún más complejo. Tanto la LOE, como las normas que le son adyacentes, han sido modificadas en numerosas ocasiones. La reforma radical que del artículo 89 CP realiza la LO 1/2015 no es más que una de las múltiples que han venido afectando a dicho precepto a lo largo de los años. La regulación en materia de extranjería es, junto con la educativa y la penal, una de las más modificadas en nuestro país. Como indica Leganés Gómez:

«Resulta obvio que los continuos cambios legales demuestran las contradicciones en esta materia, en la que no es fácil conjugar expulsión, respeto a ley y no discriminación. Es necesaria una estabilidad de la ley penal y la advertencia de los riesgos inherentes a un proceso continuado de revisión normativa contrario a la seguridad jurídica. Cualquier iniciativa legislativa en esta materia debería ir encaminada a garantizar una situación jurídica y social estable al inmigrante que permita su plena integración en la sociedad española»⁹³⁴.

De ahí que nos centremos primero en lo que a partir del 1 de julio de 2015 es jurídicamente pasado, para poder abordar los importantes cambios que la LO 1/2015 ha traído consigo y que, a nuestro entender, inciden en la disparatada dinámica jurídica que hemos introducido⁹³⁵.

2. EL LABERINTO JURÍDICO PREVIO A LA LO 1/2015

2.1 Una normativa que busca la expulsión del extranjero delincuente

Comenzamos el análisis por el artículo 57.7 LOE que configura un tipo de expulsión administrativa que actúa a la par del proceso penal, antes de re-

⁹³³ IGLESIAS RÍO, M. A., «La expulsión de extranjeros», en QUINTERO OLIVARES, G., 2015, p. 177.

⁹³⁴ LEGANÉS GÓMEZ, S., *Diario La Ley*, 2015 A, p. 13.

⁹³⁵ Sobre ese pasado jurídico y su incidencia en el medio penitenciario, SOLAR CALVO, P., «Globalización y Derecho Penitenciario», *Revista La Ley Penal*, n.º 74, septiembre 2010, pp. 51-64. Desde una perspectiva más general, teniendo en cuenta la colisión que ya se producía con algunas garantías constitucionales, ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho Penal Parte General*, 2.ª ed. actualizada conforme a la LO 5/2010, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010; ANDRÉS LASO, A., 2016, pp. 387-395.

caer sentencia y una vez finalizado expediente administrativo de expulsión. El precepto obliga a la autoridad judicial, salvo concurrir motivos excepcionales que lo justifiquen o en caso de determinados delitos (delitos contra los trabajadores relacionados con la inmigración ilegal), a no continuar con la acción penal si para el delito perseguido se establece pena inferior a seis años, sustituyendo la misma por la expulsión administrativa ya decretada. De acuerdo con su tenor literal:

«a) Cuando el extranjero se encuentre procesado o imputado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, el Juez, previa audiencia del Ministerio Fiscal, la autorizará salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias que justifiquen su denegación.

(...)

c) No serán de aplicación las previsiones contenidas en los párrafos anteriores cuando se trate de delitos tipificados en los artículos 312.1, 313.1 y 318 bis del Código Penal»⁹³⁶.

Con la finalidad de procurar el máximo de expulsiones, las diferentes versiones del precepto⁹³⁷, han ido endureciendo el régimen previsto, restringiendo el margen discrecional de la autoridad judicial⁹³⁸. El mismo nos da una primera e impactante idea de la influencia del Derecho de Extranjería en la política penal y la tendencia a la expulsión que se impone cada vez de manera

⁹³⁶ El contenido y especialmente, la nomenclatura de estos delitos ha ido adaptándose a través de las diferentes reformas penales que les han afectado. En concreto, su contenido típico es el siguiente. El artículo 312.1 CP, en su redacción dada por la propia LOE y mantenida a lo largo de las diferentes reformas penales, establece que: «Serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses, los que trafiquen de manera ilegal con ánimo de obra». Por su parte, el artículo 313 CP castiga a: «El que determinare o favoreciere la emigración de alguna persona a otro país simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante, será castigado con la pena prevista en el artículo anterior». Por último, el artículo 318 bis actual condena a: «1. El que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año. Los hechos no serán punibles cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate. Si los hechos se hubieran cometido con ánimo de lucro se impondrá la pena en su mitad superior; 2. El que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a permanecer en España, vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año (...)».

⁹³⁷ La última reforma se lleva a cabo mediante LO 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la LOE.

⁹³⁸ La redacción original del precepto establecía que «la autoridad gubernativa someterá al juez que, previa audiencia del Ministerio Fiscal, autorice (...) su expulsión», poniendo el foco de la obligatoriedad en la comunicación que debía realizar la autoridad gubernativa a la judicial, pero no en la obligación de ésta de autorizar la expulsión como se infiera de la redacción actual.

más pronunciada. Ello a pesar de sus importantes consecuencias, pues no olvidemos que a través del artículo 57.7 LOE se renuncia al ejercicio de la acción penal en pos del interés prevalente de la expulsión.

No conformándose con lo anterior, en paralelo al artículo 57.7 LOE y para los supuestos en que su aplicación no fuese posible, el legislador modificó el artículo 89 CP para introducir la obligatoriedad de la expulsión penal de los extranjeros irregulares que hubieran resultado condenados⁹³⁹. Conforme a este precepto, la expulsión penal se determinaría en sentencia y se ejecutaría, según que la condena fuese inferior o no a seis años, bien con carácter inmediatamente posterior a la misma, bien en el momento de acceso al tercer grado o cumplimiento de sus tres cuartas partes. El sometimiento del Derecho Penal a la política de extranjería alcanzaba así a la ejecución penitenciaria que quedaba profundamente trastocada y arbitraba un tipo de tercer grado y de libertad condicional que nada tienen que ver con el papel que tales instrumentos desempeñan en nuestro sistema de cumplimiento. De acuerdo con su tenor literal en la versión dada por LO 11/2003:

«1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario de España.

Igualmente, los Jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, acordarán en sentencia la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, en el caso de que se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, salvo que, excepcionalmente y de forma motivada, aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario de España.

La expulsión se llevará a efecto sin que sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 88, 87 y 88 CP.

La expulsión así acordada llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

En el supuesto de que, acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del periodo de condena pendiente.

⁹³⁹ En concreto, mediante LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión, y en todo caso, mientras no haya prescrito la pena.
3. El extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada a la que se refieren los apartados anteriores será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de su entrada en su integridad.
4. Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 318 bis 515.6.º, 517 y 518 del CP».

Las críticas a esta expulsión penal, complementaria de la puramente administrativa, no se hicieron esperar⁹⁴⁰. Según el TS, en una resolución dura y que roza el límite de sus competencias –Sentencia de 8 de julio de 2004–, el art. 89 CP responde a lo que denominó *vértigo legislativo*, pues prioriza la expulsión a costa de derechos consolidados en el resto de nuestro ordenamiento jurídico, incluidos los Tratados Internacionales sobre protección de Derechos Humanos y la propia CE⁹⁴¹. Así, el TS se vio en la necesidad de recordar al legislador dos aspectos de los que el precepto comentado prescindía intencionadamente, incitando a su modificación con el fin de incluirlos. En concreto, la obligatoriedad de contemplar normativamente la audiencia del extranjero antes de resolver sobre su expulsión, además de la necesidad de que las decisiones adoptadas estuvieran adecuadamente motivadas, con especial consideración a las circunstancias particulares del interesado. Por ello, el artículo 89 CP, conforme a la versión dada por la LO 5/2010, se expresa en los siguientes términos:

«1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

También podrá acordarse la expulsión en auto motivado posterior, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas.
(...)

⁹⁴⁰ CANCIO MELIÁ, M., «La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89 CP)», en VV.AA., *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Pamplona, 2005, pp. 183-215.

⁹⁴¹ Analiza la resolución, TORRES FERNÁNDEZ, M. E., «La expulsión de extranjeros condenados a penas de privativas de libertad inferiores a seis años. Comentario a la STS de 8 de julio de 2004 a propósito de la reforma operada por la LO 11/2003», *RPJ*, n.º, 76, 2004, pp. 231-245. Desde un punto de vista más amplio, resumen su posicionamiento, FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, pp. 955-956; RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, pp. 816-817.

5. 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»⁹⁴².

A su vez, más allá de criticar la expulsión automática que el art.89 CP impone, muchos órganos sentenciadores optaron por acogerse a las excepciones que el precepto permite, especialmente la referente a la naturaleza del delito cometido⁹⁴³. Lo anterior como resultado de un posicionamiento crítico con la norma que obliga a renunciar a la acción penal en pos de intereses ajenos a la misma y establece un sistema de castigos distinto según se sea nacional o extranjero.

Destaca el AAP de Tenerife de 14.05.13 que deniega la sustitución de la pena por expulsión en los términos siguientes:

«En este caso, y a la vista de lo actuado, procede acordar la no expulsión del Territorio Nacional del condenado A.J.H., y ello por cuanto que, dados los hechos objeto de enjuiciamiento y el delito por el que se le ha penado excede de los seis años que permite la ley computándose el plazo en su totalidad y por la pena privativa de libertad que le queda por cumplir, pero a mayor abundamiento cabe decir que aunque la pena privativa de libertad impuesta fuese inferior a seis años, también se debe denegar por la extraordinaria gravedad del hecho delictivo encontrando apoyo en esta denegación como ya han hecho otras Audiencias Provinciales en dejar que se que incumpla una condena como la impuesta en la presente sentencia, supone trasladar a los extranjeros, la convicción de que tienen una especie de licencia para la comisión de una primera acción delictiva, cuya única consecuencia negativa para el reo sería ofrecerle un viaje de vuelta gratis a su país. Además, no ejecutar estas penas con el ingreso

⁹⁴² Aborda la redacción del artículo 89 CP tras la reforma operada por LO 5/2010, MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, pp. 148-153. En relación con sus versiones anteriores, pero apuntando problemas consolidados, RODRÍGUEZ CANDELA, J. L., «La expulsión del extranjero en el nuevo Código Penal», *Jueces para la Democracia*, n.º 33, 1998, pp. 55 y ss.; FLORES MENDOZA, F., «La expulsión de extranjeros en el Código Penal español», en ASÚA BATARRITA, A. (Coord.), *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 97-132; PAZ RUBIO, J. M., «Expulsión de Extranjeros», en MARTÍN PALLÍN, J. A., (Dir.), *CDJ. Ejemplar dedicado a Extranjeros y derecho penal*, n.º 4, 2003, pp. 79-232; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *Protección y expulsión de extranjeros en el Derecho Penal*, La Ley, Madrid, 2007.

⁹⁴³ MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, p. 149, quien refiere que se ha consolidado un criterio jurisprudencial inclinado hacia el uso restrictivo de la expulsión sustitutiva. Igualmente, DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *Ejecución de penas en España. La reinserción social en retirada*, Comares, Granada, 2016, pp. 79 y ss. Aporta datos que lo confirman, LARRAURI PIJOAN, E., *Indret*, 2016, p. 20.

del reo en prisión, generaría en el ciudadano cumplidor de la Ley, una sensación que derivaría en la pérdida de confianza en la intervención estatal frente al desarrollo de algunas conductas delictivas consideradas socialmente como muy graves. Sustituir por la expulsión una pena de seis años y tres meses de prisión o más a un narcotraficante (como se pretende en el caso enjuiciado) sería promover e incentivar de forma incomprensible, el tráfico de drogas –en este caso cocaína– a España por, ciudadanos extranjeros (...)

En el mismo sentido, el AAP de Madrid Secc. 6 de 4.12.13, acuerda no sustituir la pena por expulsión a pesar de haberse producido el acceso al tercer grado:

«En el caso, aunque la penada ha sido clasificada en el tercer grado penitenciario, lo cierto es que ha cumplido poco más de una cuarta parte de la condena impuesta, de 6 años y 1 día de prisión, según consta en la comunicación del Centro Penitenciario, considerando este Tribunal que la gravedad de los hechos por los que resultó condenada la penada y que su expulsión llevaría a la consideración de una cierta impunidad en la conducta enjuiciada, no considera justificada la aplicación del artículo 89 del Código Penal, en razón al escaso cumplimiento de la pena que, en el momento actual, cumple la condenada»⁹⁴⁴.

En palabras de Martínez Escamilla y como resumen del sentir general de los operadores jurídicos implicados:

«La expulsión de ciudadanos extranjeros con motivo de la imposición de una pena de prisión y su sustitución no responde a ninguna finalidad político-criminal, tan sólo a razones migratorias, lo cual ya de por sí cuestiona la propia existencia de esta figura. Dicha pertinencia puede ser cuestionada también desde la perspectiva del principio de no discriminación, habida cuenta que supone un trato desigual en cuanto hace depender la respuesta al delito cometido de una circunstancia, la extranjería, que nada tiene que ver con el injusto del hecho, ni con la culpabilidad del autor, ni con razones político-criminales. No obstante estas razones, si se mantiene la existencia de la expulsión como sustitutivo penal, sería más lógico que el régimen general fuera el cumplimiento y la excepción la sustitución»⁹⁴⁵.

2.2 El papel de la Administración Penitenciaria

Vistos los diferentes preceptos normativos en juego y las reacciones que se han suscitado en su contra, se observa que, en tanto que vías de expulsión,

⁹⁴⁴ *Jurisprudencia Penitenciaria* 2013, ob. cit., pp. 425-429.

⁹⁴⁵ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., «Top manta, ayuda a la inmigración y irregular y expulsión de extranjeros: la reforma de los artículos 270 y 274, 311 bis, 318 bis, 89 y 108 CP» en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., ANTÓN BOIX, J. R., 2014, p. 91.

no han garantizado ni mucho menos la entrada de internos extranjeros en el circuito de cumplimiento penitenciario. A su vez, para hacernos conscientes de la verdadera dimensión del problema, es necesario tener en cuenta que muchas de las expulsiones decretadas no acaban nunca ejecutándose⁹⁴⁶. En concreto, durante el año 2016, de las 30.614 expulsiones administrativas incoadas, sólo se dictaron 20.522, de las cuales las que efectivamente se ejecutaron 6.869⁹⁴⁷. Es decir, menos de un tercio de las inicialmente previstas. Con todo ello, volvemos a la situación inicial en que los objetivos penitenciarios de reinserción social quedan *ab initio* comprometidos en relación al numeroso grupo de internos extranjeros. Independientemente del trabajo penitenciario que se realice con ellos, el conjunto de la normativa penal y administrativa les aboca bien a la expulsión, bien, en la mayor parte de los casos, a una situación de irregularidad administrativa una vez salgan de prisión.

Ante este problema, la actuación de la Administración Penitenciaria ha sido un tanto errática y ambivalente. De un lado, en su papel de rama del poder ejecutivo sometido a los dictados del legislador, su actuación no ha podido dejar de tender a facilitar la expulsión, tratando de salvar la aplicación del artículo 89 CP. De otro, a pesar de esa apuesta obligada e inevitable de la Administración Penitenciaria por la expulsión, lo cierto es que tampoco ha podido soslayar que el objeto principal de su labor, también para los extranjeros en prisión, continúa siendo el que marca el artículo 25.2 CE. De ahí que sometida al mismo, se haya visto impulsada a adoptar medidas más alineadas con la que constituye su finalidad última.

2.2.1 EL PAPEL DE LA ADMINISTRACIÓN TENDENTE A LA EXPULSIÓN

En relación a las medidas tendentes a la expulsión, destaca la Instrucción 18/2005, tanto por su contenido, como por las resoluciones judiciales y múltiples modificaciones normativas a que dio lugar. El cúmulo kafkiano de reformas y contrarreformas que provocó es bastante significativo del proceder normativo general en materia de extranjería.

⁹⁴⁶ Tal y como señalan DE GENOVA, N., «Migrant illegality and deportability in everyday life», *Annual review of anthropology*, 2002, p. 427; BRANDARIZ GARCÍA, J. A., *El gobierno de la penalidad*, Dykinson, Madrid, 2014, 151; LARRAURI PUJOAN, E., *Indret*, 2016, p. 23, el número de expulsiones que llegan a adoptarse está muy por debajo del número de resoluciones que las acuerdan. Ello, tanto por el lapso temporal y los avatares procedimentales que irremediabilmente transcurren entre la decisión de expulsión y su ejecución, como por lo cambiante de las políticas al respecto que, aun tendentes a la expulsión, han tenido épocas de mayor o menor intensidad.

⁹⁴⁷ Informe CIE Pueblos Unidos 2016.

En concreto, la referida Instrucción estableció la obligación de los centros penitenciarios de dirigirse a los órganos judiciales que no hubiesen decretado la expulsión en sentencia, en una especie de recordatorio de la medida legislativa comentada y para replanteamiento de su aplicación⁹⁴⁸. Bajo el epígrafe 2.2. sobre Actuaciones relativas a penados extranjeros a quienes en sentencia no se ha sustituido la pena o parte de la misma por expulsión, determinaba que:

«Examinados en el testimonio de sentencia los motivos de la no sustitución de la pena por expulsión, se seguirán las siguientes actuaciones: 1. Tratándose de penas inferiores a seis años, se remitirán al Tribunal Sentenciador, una vez cumplida la mitad de la condena, informe penal-penitenciario del interno y, en su caso, social, así como la solicitud de éste si la hubiera presentado, interesando la posibilidad de sustituir el resto de la pena por la expulsión, dado que con el tiempo de condena cumplido pueden haberse satisfecho las distintas funciones o fines de la pena. 2. Por los mismos motivos, en penas iguales o superiores a seis años, se remitirán los informes anteriormente señalados y 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»⁹⁴⁹.

De nuevo, como para en el caso del artículo 89 CP, diversas resoluciones judiciales se manifestaron en contra de esta previsión y devolvieron esa necesidad de reconsideración a sede administrativa, por entender que la iniciativa que proponía era contraria tanto a la CE como al propio texto penal cuya implementación buscaba.

En primer lugar, el propio TC estableció que la posibilidad de dictar en ejecución de sentencia la sustitución de la pena por expulsión sólo se preveía

⁹⁴⁸ Se trata de una interpretación de máximos de lo que los artículos 26 y 27 RP establecen. De acuerdo con los mismos, el artículo 26 RP sobre penados sometidos a medida de expulsión posterior al cumplimiento de la condena: «En el caso de que el penado fuese un extranjero sujeto a medida de expulsión posterior al cumplimiento de la condena, conforme a lo dispuesto en la legislación de extranjería, el Director notificará, con una antelación de tres meses o en el momento de formular la propuesta de libertad definitiva a que se refiere el artículo 24.2, la fecha previsible de extinción de la condena a la autoridad competente, para que provea lo necesario con arreglo a lo dispuesto en la legislación vigente.» Por su parte, el artículo 27 relativo a la sustitución de penas impuestas a extranjeros por medidas de expulsión: «También se notificará al Ministerio Fiscal la fecha previsible de extinción de la condena en los supuestos legales de sustitución de la pena por medida de expulsión del territorio nacional y, en todo caso, cuando se trate de penados extranjeros que extingan condenas inferiores a seis años de privación de libertad». Pues bien, la Instrucción 18/2005, DG. II. PP., de actualización de la Instrucción 14/2001, sobre Normas con internos Extranjeros, llevó al extremo su contenido, determinando la comunicación que esos preceptos regulan incluso en los casos en que la expulsión del art.89 CP no se hubiera acordado. Exponen esta dinámica de actuación administrativa, FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, pp. 932-935 y 961-963.

⁹⁴⁹ Instrucción 18/2005, DG. II. PP., ob. cit., p. 6.

por el legislador respecto de penas iguales o superiores a seis años para el supuesto de acceso a tercer grado o cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena. Además, también según el Alto Tribunal, generalizar esta práctica administrativa 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 decretada⁹⁵⁰.

Instancias inferiores siguieron la tesis adoptada por el TC, concretando algunos aspectos que éste dejaba abiertos. Destacaron que, conforme al artículo 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 artículo 24.1 CE⁹⁵¹.

En respuesta, la Administración Penitenciaria trató de adaptar su normativa a las resoluciones descritas, pero en la misma línea favorecedora de la expulsión. En este sentido, la Orden de 5 de octubre de 2006 y, posteriormente, la Instrucción 5/2008, establecieron la obligación de contar en todo caso con la voluntariedad del interno para iniciar trámites de expulsión penal en sentencia en relación al supuesto de condenas inferiores a seis años. Se soslayaba así la crítica de ilegalidad que el TC había vertido sobre la Instrucción anterior al ir más allá de lo que el artículo 89 CP preveía, evitando entrar al fondo del resto de cuestiones que tanto el TC como el resto de órganos judiciales habían planteado. En concreto, la nueva Instrucción modificó el primero de los supuestos del apartado 2.2 de la Instrucción 18/2005, en los siguientes términos:

«1. Tratándose de penas inferiores a seis años, se remitirán al Tribunal Sentenciador, una vez cumplida la mitad de la condena, informe penal-penitenciario del interno y, en su caso, social, solamente cuando haya solicitud del propio penado o cuando en la sentencia condenatoria se haya incluido la previsión de sustituir la pena por expulsión en fase de ejecución. En dichos informes se interesará la posibilidad de sustituir el resto de la pena por la expulsión, dado que con el tiempo de condena cumplido pudieran haberse satisfecho las funciones o fines de la pena»⁹⁵².

⁹⁵⁰ STC 145/2006, de 8 de mayo, reiterada en otras más recientes como la STC 110/2009, de 11 de mayo.

⁹⁵¹ Auto de 21 de julio de 2006 del JP 7 de Bilbao en Ej. 1178/2004.

⁹⁵² Instrucción 5/2008, SG. II. PP., de actualización de la Instrucción 18/2005, sobre Normas con internos Extranjeros, p. 1.

Sin embargo, los cambios no quedaron aquí. Con posterioridad, fue el propio legislador el que, yendo mucho más allá de lo que la Instrucción 5/2008 había previsto, estableció un régimen de expulsión que trataba de superar los reparos jurídicos de fondo que los diferentes tribunales habían planteado. En concreto, la LO 5/2010 modificó el artículo 89 CP para permitir la expulsión en caso de acceso a tercer grado y cumplimiento de las tres cuartas partes también en las condenas inferiores a seis años⁹⁵³. Por ello, la Instrucción 21/2011, que adaptó las anteriores a esta nueva redacción, se vio en la obligación de establecer un régimen jurídico doble: el consentimiento de los internos sería necesario para la revisión de la sustitución de las condenas impuestas por hechos cometidos antes de la fecha de entrada en vigor de esta modificación del artículo 89 CP –23 de diciembre de 2010–, sin que nada obstase para proceder a realizar el recordatorio administrativo en cuanto a las condenas impuestas por hechos posteriores a la misma. Al margen del límite de los seis años de condena, el punto 4 del apartado 2.2 de la Instrucción 18/2005 actualizada, refiere entre los requisitos para proceder a reactivar una posible expulsión penal la:

«Exigibilidad o inexigibilidad de solicitud de expulsión substitutiva por parte del extranjero según los hechos sean anteriores o no al 23 de diciembre de 2010»⁹⁵⁴.

Como vemos, los avatares jurídicos a que la previsión originaria del apartado 2.2 de la Instrucción 18/2005 dio lugar, es bastante significativo, más allá del contenido concreto en que todo ello finalmente se ha materializado. De un lado, los órganos de tutela judicial intentan conservar los principios generales de nuestro ordenamiento también para el caso de extranjeros que resulten condenados. De otro, el legislador y los órganos de ejecución penitenciaria que, como si se tratase de una carrera de obstáculos y en contra de los principios por los que también se rigen, buscan incansables la manera de permitir más expulsiones. Un devenir jurídico éticamente dudoso que a nuestro juicio debiera replantearse.

⁹⁵³ Como vimos antes en cuanto a la audiencia del condenado, el entonces novedoso apartado 5 del artículo 89 CP determinaba 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».

⁹⁵⁴ Instrucción 21/2011, SG. II. PP., de actualización de la Instrucción 18/2005, sobre Normas con internos Extranjeros, p. 3.

2.2.2 EL PESO DEL ART. 25.2 CE: RETOMANDO LA LABOR PENITENCIARIA

No obstante, las fricciones que la situación de los extranjeros irregulares en prisión genera van más allá del enfrentamiento institucional que hemos descrito. Como anunciamos antes, la Administración Penitenciaria no ha podido evitar tratar de incluir a los internos extranjeros en su labor de reinserción. La contradicción interna que esto provoca llega a ser tal que la misma Instrucción 18/2005 es la que también regula algunos de los mecanismos que se han puesto en marcha para procurar su vuelta al medio social normalizado.

El máximo exponente de esta política lo constituye el Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de julio de 2005, por el que se establece la regularización a efectos meramente administrativos durante el cumplimiento de la condena, de los internos que realizasen algún trabajo de carácter penitenciario, tanto en su etapa en segundo grado como tras haber accedido al tercer grado o la libertad condicional. Conforme al apartado 5 de la Instrucción 18/2005 que recoge el contenido del acuerdo:

«Cuando la condena de un penado extranjero no haya sido sustituida por la sanción de expulsión por el Juez o Tribunal sentenciador, la Subdelegación del Gobierno, o Delegación del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, podrá conceder validez de autorización de trabajo a la resolución de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de clasificación en tercer grado o al Auto del Juez de Vigilancia por el que acuerda dicha clasificación o la concesión de libertad condicional, siempre que el penado reúna una de las siguientes condiciones:

5.1 Encontrarse en la situación de residencia o en la de estancia por estudios, en el momento de producirse la condena, teniendo en cuenta la posibilidad que establece el artículo 31.4 de la Ley Orgánica 4/2000 (...).

5.2 Encontrarse, en el momento de la condena o en el de la resolución de la Dirección General de Instituciones penitenciarias de clasificación en tercer grado o Auto del Juez de Vigilancia por el que se acuerda dicha clasificación o la concesión de libertad condicional, en uno de los supuestos del artículo 45 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 aprobado por Real Decreto 2393/2004, para la obtención de una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales –arraigo, protección internacional, razones humanitarias, colaboración con las autoridades concurriendo razones de interés público o seguridad nacional que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España– (...).

5.3 Encontrarse, en el momento de la condena o en el de la resolución de la Dirección General de Instituciones penitenciarias de clasificación en tercer grado o Auto del Juez de Vigilancia por el que se acuerda dicha clasificación o la concesión de libertad condicional, en uno de los supuestos del artículo 72 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, para la obtención de una autorización de residencia permanente (...).

5.4 Los extranjeros a quienes se hubiera autorizado a trabajar al amparo del artículo 66.5 del Reglamento de ejecución de la LO 4/2000, aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, actualmente derogado, podrán volver a ser autorizados a trabajar siempre y cuando subsistan las condiciones que motivaron en aquel momento la concesión de validez como permiso o autorización de trabajo a otro tipo de documentación»⁹⁵⁵.

El Acuerdo del Consejo de Ministros trató de atenuar las causas de expulsión que irremediablemente recaen sobre los internos extranjeros –arts. 57.2 y 53.1 a) LOE–. Garantizando su acceso al tercer grado y a la libertad condicional en situación administrativa regular, aseguraba también su participación en la dinámica previa de tratamiento en igualdad plena con los internos nacionales. Sin embargo, lo cierto es que lo hace de manera insuficiente, pues nada se dice de lo que pasa después del cumplimiento de la condena. Además, no ha tenido el necesario desarrollo normativo posterior para asegurar su continuidad en el tiempo. De manera que se concede un amplio margen a la discrecionalidad administrativa para su aplicación práctica, pudiéndose decir que en los últimos años la política seguida por algunas Delegaciones de Gobierno ha derogado de facto la posibilidad que este acuerdo permitía para el ámbito geográfico en el que ejercen sus competencias.

Al margen del acuerdo pero en consonancia con el mismo, destaca el programa marco de intervención con internos extranjeros⁹⁵⁶. Partiendo de la perspectiva igualitaria entre nacionales y extranjeros que la LOGP impone, el programa dibuja el esquema básico de la actuación tratamental a desarrollar con estos internos, con las siguientes áreas básicas de intervención: superación de problemas lingüísticos, educación integral, información jurídica y formación en valores democráticos. Todo ello orientado a procurar su acceso a una vida normalizada en nuestro país tras el cumplimiento de la condena.

Finalmente, se torna fundamental para alcanzar los fines del artículo 25.2 CE respecto de los internos extranjeros, la labor que los Equipos Técnicos efectivamente desarrollen en base a las herramientas anteriores, y su mayor o menor flexibilidad a la hora de decidir sobre su situación jurídica. En puridad, la concesión de permisos ordinarios de salida o el acceso al tercer grado de internos extranjeros debiera quedar restringido a aquellos que se encuentran en situación regular o fácilmente regularizable. Sólo de esta manera se puede

⁹⁵⁵ Instrucción 18/2005, DG. II. PP., ob. cit., pp. 9-11. Profundizan en su exposición, GARCÍA GARCÍA, J., *17 Encuentro Abogacía en Derecho de Extranjería y Asilo*, 2007, pp. 16-17; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, pp. 942-944; RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, pp. 847-849.

⁹⁵⁶ Introducido también en la Instrucción 18/2005, DG. II. PP., ob. cit., pp. 12-13. Lo expone y desarrolla, GARCÍA GARCÍA, J., *17 Encuentro Abogacía en Derecho de Extranjería y Asilo*, 2007, pp. 19-23.

garantizar una vuelta al medio social normalizado, en condiciones de igualdad jurídica con el resto de ciudadanos. Sin embargo, teniendo en cuenta las causas de expulsión que recaen sobre los internos extranjeros en prisión –de nuevo, las previstas en los arts. 57.2 y 53.1 a) LOE–, proceder de este modo, implicaría renunciar al ejercicio de la labor penitenciaria respecto de la inmensa mayoría de ellos, castigándoles a un cumplimiento de la pena privativa de libertad en condiciones mucho más onerosas que a los internos nacionales y rayanas en el internamiento efectivo durante el máximo de la condena impuesta. Por ello, algunos Equipos Técnicos cuya postura secundamos, priorizan lo que son sus funciones constitucionales sobre la normativa específica de extranjería. De este modo, se atiende más al dato de dónde se encuentra el arraigo de los internos extranjeros a efectos de su integración social, que a si ese arraigo es suficiente de cara a su posible regularización conforme a la LOE. De manera que, de mediar factores que indiquen un cierto arraigo en nuestro país, estos se valoran desde un punto de vista penitenciario. Esto es, en caso de disfrute de permisos, considerando si el interno va a estar suficientemente controlado por contar, por ejemplo, con familiares de primer grado regularizados que asumen su tutela durante las salidas, y, en caso de un posible acceso al tercer grado, valorando si cuenta con un entorno social de integración adecuado.

Lo anterior a pesar de las nuevas contradicciones internas que supone. En primer lugar, ya hemos analizado las medidas tendentes a la expulsión que la propia Administración Penitenciaria puso en marcha y a las que reforma tras reforma, se niega a renunciar. En segundo lugar, porque para el supuesto concreto de proponer una salida de permiso, este posicionamiento de los Equipos Técnicos contradice el resultado que arroja la tabla de variables de riesgo (TVR) en los casos en que concurre la variable de extranjería. Posteriormente profundizamos en el funcionamiento de este mecanismo actuarial, sin embargo, se hace necesario adelantar que la mera consideración de la variable de extranjería en la TVR, aun mediando ciertos factores de arraigo en nuestro país, eleva a un 95% el riesgo de quebrantamiento. Ello porque se parte de la consideración de que la amenaza de expulsión que recae sobre los internos extranjeros no regulares aumenta las posibilidades de que no regresen a prisión tras una salida autorizada⁹⁵⁷. De modo que, en un mismo procedimiento de

⁹⁵⁷ Así lo destacan, JUANATEY DORADO, C., 2011, pp. 167-168; ANDRÉS LASO, A., 2016, p. 403; RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, p. 845. Explica la incidencia de la variable de extranjería, DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *CPC*, 2016, pp. 262-265. Resulta interesante el estudio realizado por ÁLVAREZ BORJA, N., CARRIZO GARCÍA, P., PETISCO MARTÍN, M. T., RAMÍREZ GARCÍA, A., RAMOS MATEOS, J., RICO GARRI, M., SOLAR CALVO, P., *Extranjeros en los centros penitenciarios en España*, S.G.II.PP., 2008, que pone en tela de juicio las premisas sobre las que la II. pp. viene trabajando y duda de que la línea de actuación seguida sea la más adecuada. En concreto, en cuanto a la TVR, la p. 91 de dicho estudio muestra un gráfico que pone

autorización de una salida de permiso, el JVP podrá encontrarse una TVR con resultado 95% de quebrantamiento, pero un informe favorable del Equipo Técnico al permiso que se solicita.

Frente a críticas comprensibles que esta actuación pueda despertar desde la perspectiva de la LOE, no hay que olvidar que procediendo de modo diferente, siendo exigentes hasta el extremo en su aplicación, la situación interna en los centros penitenciarios sería insostenible por la injusticia y discriminación de facto que generaría. En este sentido, es necesario recordar los datos que antes se expusieron acerca del número de expulsiones ejecutadas y su escasa significación en relación con el número de procedimientos de expulsión que se incoan. Este hecho provoca una situación final del todo paradójica y jurídicamente insostenible. Por un lado, se deniega a un interno extranjero su acceso a la dinámica tratamental y de salidas de permiso en base su situación legal irregular y su posible expulsión, pero finalmente se le hace cumplir toda la condena en régimen de internamiento efectivo, sin que esa expulsión haya tenido ni vaya a tener lugar.

En este contexto, la línea que defendemos es la que mejor se adecúa a determinados casos que la realidad nos muestra. Como ejemplo, internos que cumplen condena por comisión de un delito contra los derechos de los extranjeros, al haber llegado a nuestro país pilotando una patera, y que cuentan con expediente de expulsión administrativa a ejecutar tras el cumplimiento de la condena. Si, como es habitual, el interno no tiene intención de regresar a su país de origen, procurar su integración en el nuestro vinculándolo a ONGs de asistencia al inmigrante, dota de contenido a la condena más allá del mero transcurso del tiempo en pos de su cumplimiento íntegro y efectivo. Máxime si tenemos en cuenta que el dato anteriormente aportado, el escaso número de expulsiones que realmente se ejecutan, concurre especialmente en perfiles como el expuesto. Normalmente, se trata de internos procedentes de países en condiciones de pobreza extrema o inmersos en conflicto bélico, a los que difícilmente se fletan aviones. Es decir, internos cuya permanencia en nuestro país una vez cumplida la condena está prácticamente asegurada⁹⁵⁸. En definitiva, supuestos en los que el hecho de no proceder del modo que defendemos supone perder la oportunidad de hacerlos objeto de inmersión social paulatina en

en duda la validez del peso estadístico otorgado a la variable de extranjería, pues de entre las excarcelaciones de extranjeros producidas en 2007 sólo el 2% se debían a evasiones.

⁹⁵⁸ Como ejemplo, el AAP de Vizcaya Secc. 2.ª de 11.11.16 revoca la expulsión del artículo 89 CP ante la imposibilidad de conocer con certeza la procedencia del condenado y carecer éste de todo tipo de documentación.

entornos normalizados, dejándolos al albur de las circunstancias tras haber cumplido la totalidad de la condena impuesta.

Otro caso paradigmático lo conforman los internos que cumplen varias condenas, respecto de los que se ha realizado una valoración diferente de su situación de extranjería en cada una de ellas. Esto es, la expulsión penal del artículo 89 CP se ha acordado para parte de las mismas pero no para su totalidad. De nuevo, entendemos que el dónde tenga este interno su arraigo ha de definir el modo de cumplimiento del conjunto de las condenas impuestas. Sólo de este modo es posible que el mismo responda a una lógica común y que no acabe siendo, comparativamente con los internos nacionales, más oneroso y cuasi íntegro. Por ello, de contar el interno extranjero con arraigo en su país, deberán ponerse en marcha los recordatorios regulados en la Instrucción 18/2005 y tendentes a la expulsión, o, con un éxito previsible mayor, la libertad condicional del artículo 197 RP que luego analizamos. De contar con arraigo en nuestro país, será preciso trabajar en sentido inverso, promoviendo la revisión de las resoluciones de expulsión penal que se hubieran decretado, y procurando que dicho arraigo pueda tenerse en cuenta a efectos de salidas de permiso y acceso a tercer grado.

Por último, es muy común que la situación familiar de los internos extranjeros cambie enormemente a lo largo del cumplimiento de la condena —como ejemplo, contraen matrimonio con nacionales o tienen descendientes nacionales—. Partir de posturas de máximos, secundando la expulsión de todos aquellos que se encuentren en situación irregular con independencia de la evolución personal que hubieran protagonizado durante su estancia en prisión, conlleva desconocer una realidad humana de enorme trascendencia. El dato de dónde se encuentra su arraigo es fundamental para diseñar su trayectoria de reinserción y es necesario contar con perspectivas profesionales flexibles que permitan resolver situaciones vitales complejas.

Pero además de la perspectiva práctica que se aporta y que justifica la tesis que mantenemos, concurren razones de peso jurídico para el modo de trabajo que respaldamos. Adquiere ahora especial relevancia lo que comentamos al inicio de este capítulo, el hecho de que cada vez son más las resoluciones judiciales que reclaman un cambio de tendencia en materia de extranjería, al exigir que las resoluciones de expulsión, aún las motivadas por comisión de delito (art. 57.2 LOE), tengan en cuenta la situación de arraigo de los extranjeros afectados. Como ejemplo de resoluciones nacionales, destacan la STSJ de

Galicia n.º 127/2015, de 04.03.15 y la STSJ de Canarias-Tenerife n.º 42/2015, de 13.03.15⁹⁵⁹.

En el ámbito europeo, sobresale la relevante STJUE de 10.05.17, que continúa la senda iniciada por la STJUE de 13.09.16 en el *Caso Rendón*. En este mediático caso, el TJUE declaró contraria a los artículos 20 y 21 del Tratado de Funcionamiento UE toda normativa de un Estado miembro que permita adoptar de forma automática la decisión de no renovar la residencia a extranjeros cuando tengan antecedentes penales si, como sucedía en el supuesto concreto, el extranjero condenado cuenta con hijos nacionales de Estados miembros y dependen económicamente del mismo. Lo anterior al considerar que dicha normativa conculca el derecho a residir y circular libremente en el territorio de la UE del menor europeo dependiente económicamente de dicho extranjero. Ahora, la Sentencia de 10 de mayo da un paso más y establece que esa dependencia puede apreciarse incluso en los casos en que el progenitor no condenado contribuya a la manutención del menor⁹⁶⁰. En aplicación de esta última resolución, la reciente Sentencia del Juzgado contencioso-administrativo n.º 1 de Cantabria de 13.12.17 en el PA 27/2017, obliga a la Delegación de Gobierno de Cantabria a admitir a trámite la solicitud de revocación de la resolución de expulsión administrativa decretada vía artículo 57.2 LOE, a pesar de encontrarse ya firme y para valorar si en el caso concreto se dan las circunstancias de dependencia económica que el TJUE reconoce como determinantes.

Finalmente, cabe recordar especialmente la referida STJUE de 07.12.17, que resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de los Contencioso-Administrativo, n.º 1 de Pamplona. Recordemos que en ella se planteaba la posible contradicción del artículo 57.2 LOE con el artículo 12 de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre, relativa al Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, al no tener en cuenta el artículo 57.2 LOE cuestiones de arraigo en la valoración sobre la expulsión de dicho tipo de residentes. En respuesta, el TJUE ha resuelto que un Estado miembro no puede expulsar a los extranjeros residentes de larga duración por el simple hecho de haber cometido un delito castigado con pena de prisión superior a un año, sino que el Estado ha de valorar «la duración de la residencia en su territorio, la edad de la persona implicada, las consecuencias para él y para los miembros de su familia y los vínculos con el país de residencia o la ausencia de vínculos con el país de origen»⁹⁶¹.

⁹⁵⁹ *Jurisprudencia Penitenciaria 2015*, ob. cit., pp. 233-248 y 248-250, respectivamente.

⁹⁶⁰ Profundiza su análisis, SOLAR CALVO, P., *AJA*, 2017, p. 10.

⁹⁶¹ *Diario La Ley*, n.º 9098, Sección Jurisprudencia, 12.12.17. p. 2.

Por todos estos motivos, son muchos los JJVP que respaldan la tesis que planteamos y valoran la extranjería en los términos penitenciarios que describimos. Así, el AAP de Córdoba de 13.10.15, que concede un permiso a un interno extranjero en situación irregular y con expulsión decretada, teniendo en cuenta su arraigo familiar en España⁹⁶²; y el AJCVP de 14.4.16 (Recurso de Apelación n.º 223/2016, Expediente n.º 543/ 11-1), que autoriza la salida de permiso a un interno que cuenta con el apoyo social de Pastoral Penitenciaria, a pesar de concurrir el 100% de riesgo de quebrantamiento en la TVR. Igualmente, y en relación con los resultados de la TVR, destacan resoluciones judiciales como el AAP Santander Secc. 1.ª de 22.09.17 (Expediente n.º 454/17), que, en la línea doctrinal que exponemos al profundizar su estudio, avisan de los falsos positivos que estas tablas estadísticas conllevan. Es decir, supuestos en los que la sobrerrepresentación de determinadas variables, como la de extranjería, implica resultados estadísticos de riesgo de quebrantamiento o reiteración delictiva sobredimensionados. A pesar de ello, el número de permisos disfrutados por internos extranjeros continúa siendo muy inferior al correspondiente a internos nacionales. En un reciente estudio, Larrauri, Rovira y Alarcón muestran que la media internos extranjeros que acceden a un permiso a lo largo de su condena es del 20%, frente al 73% que arroja la media de permisos disfrutados por internos nacionales⁹⁶³.

No obstante, el planteamiento que venimos secundando no resuelve el fondo del problema. Aun en los casos en que se ha trabajado para la integración en nuestro país de los internos extranjeros que tienen arraigo en el mismo y se ha producido su acceso a la libertad condicional en situación de regularidad por aplicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 2005, la tensión actual entre la normativa penitenciaria y la normativa de extranjería provoca igualmente que, una vez cumplida la condena, esos mismos extranjeros pasen a formar parte de la denominada *cuarta criminalidad*⁹⁶⁴. Esto es, en el momen-

⁹⁶² *Jurisprudencia Penitenciaria 2015*, ob. cit., pp. 319-321. En términos similares el AAP Madrid, Secc. 5.ª de 20.01.11; AJVP de Ciudad Real de 30.10.14 y el AJVP de Ceuta de 15.12.06, disponibles en *Jurisprudencia Penitenciaria 2000-2015. Volumen dedicado a los permisos penitenciarios*, SG.II.PP., Madrid, 2016, pp. 261-262, 314 y 320-321, respectivamente.

⁹⁶³ LARRAURI, E., ROVIRA, M., ALARCÓN, P., *RECPC*, 2018, pp. 15 y 19.

⁹⁶⁴ ARIAS SENSO, M., «Expulsión de extranjeros condenados: Aproximación crítica y comentario de urgencia a la STS 8 de julio de 2004», *La Ley*, n.º 1, 2005, pp. 1497-1509. El concepto parte de una clasificación secuencial de las diferentes circunstancias que predisponen a la comisión del delito. Así, la primera criminalidad viene condicionada especialmente por el medio social de pertenencia; la segunda criminalidad se ve favorecida por el etiquetamiento que supone el ingreso en prisión y el perfeccionamiento e intercambio de conocimientos delictivos que el mismo conlleva; la tercera criminalidad tiene lugar cuando el interno regresa a la vida en libertad, sufre el estigma de haber pasado por prisión y, a la vez, puede poner en práctica todos los conocimientos previamente adquiridos; finalmente, la cuarta criminalidad, que el

to de su puesta en libertad, pasan a pertenecer al grupo de extranjeros en situación irregular y pocas posibilidades de regularización justamente por haber estado en prisión⁹⁶⁵. En definitiva, se convierten en personas extranjeras con antecedentes penales, cuya condición de expulsables⁹⁶⁶ dificulta su integración social después del cumplimiento de la condena y resta sentido al trabajo penitenciario que se hubiera desarrollado con ellos. El apartado quinto de este capítulo presenta algunas propuestas que tratan de dar respuesta a esta problemática de fondo.

2.3 La vía del artículo 197 RP: La libertad condicional en el país de origen

Como adelantábamos anteriormente, resta analizar un precepto adicional para conocer las posibles dinámicas de cumplimiento que específicamente se establecen para los internos extranjeros. El artículo 197 RP introduce una modalidad diferente de libertad condicional para los extranjeros sin residencia regular en nuestro país. Respecto de los mismos se puede elevar expediente de concesión de tercer grado siempre que el cumplimiento del cuarto periodo se realice en el lugar de origen o residencia legal. En concreto, siguiendo el tenor literal de la norma:

«1. En el caso de internos extranjeros no residentes legalmente en España o de españoles residentes en el extranjero, previa conformidad documentada del interno, se elevará al JVP su expediente de libertad condicional recabando autorización para que aquél pueda disfrutar de esta situación en su país de residencia, así como de las cautelas que hayan de adoptarse, en su caso, al objeto de que dicha libertad se disfrute efectivamente en el país fijado. A estos efectos, y siempre que el Derecho Internacional lo permita, se podrá solicitar a las autoridades competentes del Estado del país fijado la aplicación de las medidas de seguimiento y control de la libertad condicional previstas en su legislación interna.

2. Con el fin de poder dar cumplimiento a la medida de expulsión prevista en el artículo 89 del CP, con antelación suficiente, se comunicarán al Ministe-

autor aplica específicamente a los extranjeros no regulares, suma a los anteriores condicionantes criminógenos el no poder acceder a una vida ciudadana dentro de la legalidad.

⁹⁶⁵ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *CPC*, 2016, p. 265.

⁹⁶⁶ El concepto de cuarta criminalidad se relaciona con el término acuñado por DE GENOVA, N., *Annual review of anthropology*, 2002, p. 427, *deportability* al señalar que: «la finalidad disciplinaria del aparato que de forma cotidiana produce la ilegalidad del emigrante nunca se dirige sólo a conseguir la supuesta finalidad de la deportación. Es la posibilidad de ser expulsados [*deportability*] y no la expulsión por sí misma lo que históricamente ha convertido a la fuerza de trabajo de los inmigrantes en una mercancía distintivamente desechable. para referir la posibilidad de ser expulsado y no la expulsión en sí misma».

rio Fiscal las propuestas de libertad condicional de penados extranjeros junto con un breve resumen de su situación penal y penitenciaria, en el que se harán constar expresamente las fechas de cumplimiento de las dos terceras partes y de las tres cuartas partes de su condena o condenas».

Aparentemente, el artículo 197 RP tiene mayor encaje penitenciario que el resto de preceptos que hemos analizado, pues ofrece la posibilidad de acceso a la libertad condicional a los extranjeros irregulares. A su vez, dado que se trata de una libertad condicional que se disfruta en el país de origen o residencia legal, evita el problema relativo a la *cuarta criminalidad* que antes mencionamos. Sin embargo, el precepto no resuelve el problema de fondo que venimos destacando, producto de la antinomia que existe entre la normativa penitenciaria y la de extranjería. Esto es, qué hacer con los internos extranjeros irregulares que tienen su arraigo social en nuestro país, y que tras el cumplimiento de la condena son puestos en libertad bajo la etiqueta de expulsables. Además, un análisis en profundidad de su aplicación práctica revela hasta qué punto el objetivo del artículo 197 RP, lejos de configurar una libertad condicional con auténtico encaje penitenciario, contribuye a la dinámica de expulsiones antes descrita.

En este sentido, se observa que el artículo 197 RP no sigue las pautas generales de la libertad condicional ni antes ni después de su concesión. Antes, porque no supone la culminación de la trayectoria de reinserción tras varias salidas de permiso y un periodo de permanencia en tercer grado. A diferencia de los supuestos más generales de libertad condicional, el acceso al artículo 197 RP se produce de forma automática tras la concesión de un tercer grado que también se concede a los efectos únicos de la aplicación específica de esta libertad condicional.

Después, porque el artículo 197 RP no dice nada acerca de qué medidas de control aplicar a los extranjeros que resulten liberados y, más importante, cómo proceder a comprobar su cumplimiento. De este modo, su aplicación acaba convirtiéndose en una excarcelación temprana carente de todo control penitenciario efectivo, más similar a la libertad definitiva por expulsión penal del artículo 89 CP, que a lo que implica la ejecución de un periodo de libertad condicional en sí. De hecho, en el momento del licenciamiento definitivo de una causa en libertad condicional vía artículo 197 RP, su cumplimiento se acuerda sin conocer el paradero ni el itinerario conductual del condenado⁹⁶⁷. Por ello, algunos Equipos Técnicos son reticentes a elevar propuestas que conjuguen el artículo 197 RP con alguna de las modalidades adelantadas de la li-

⁹⁶⁷ GARCÍA GARCÍA, J., *17 Encuentro Abogacía en Derecho de Extranjería y Asilo*, 2007, p. 19.

bertad condicional –las modalidades cualificada y supercualificada del actual art. 90 CP–. Es decir, propuestas que de aprobarse, permitirían a un interno extranjero acceder a la libertad condicional en su país de origen o residencia con carácter adelantado. Dados los términos en los que el artículo 197 RP se aplica, el régimen que resulta de todo ello parece excesivamente beneficioso. Sin embargo, evitar la combinación del artículo 197 RP con modalidades de libertad condicional adelantada por la ausencia de medidas adecuadas para su control posterior, puede provocar a su vez situaciones manifiestamente injustas en internos que, de no ser extranjeros, habrían accedido a la libertad condicional con anterioridad al cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena.

En el ámbito de la Unión Europea, la Decisión Marco 2008/947/JAI, de 27 de noviembre, sobre la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada, y la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, que la incorpora a nuestro ordenamiento, tratan de enmendar esta situación⁹⁶⁸. En efecto, el artículo 93 de la Ley prevé la transmisión entre Estados Miembros de las resoluciones firmes de libertad condicional para procurar el control de los liberados condicionales. Sin embargo, la cuestión sigue abierta al no haberse implementado medidas procedimentales que permitan el efectivo control del devenir del liberado. Tal es así, que los JJVP se han visto obligados a establecer ciertas pautas básicas de actuación al respecto en el último de sus encuentros celebrados⁹⁶⁹.

Como apunta Hernando Galán, el simple hecho de que la Administración Penitenciaria proponga la libertad condicional y ésta se conceda, no supone en sí mismo la puesta en marcha de los mecanismos de control, siendo necesario que exista un procedimiento establecido para ello⁹⁷⁰. En definitiva, no sólo es necesario que existan los convenios marco y las normas sustantivas, sino también la ordenación del procedimiento que su puesta en marcha implica. Al respecto, Bueno Arús apunta la idea de otorgar un papel protagonista a organizaciones internacionales de carácter no institucional que vienen trabajando en el estudio e implementación de medidas alternativas a la prisión, como es el caso de la Conferencia Europea de la Probation. De modo que se aprovechasen

⁹⁶⁸ Sobre la problemática que plantea esta norma, MESTRE DELGADO, E., «La ejecución, en España, de una pena privativa de libertad incompatible con la legislación penal o penitenciaria española, dictada en un país miembro de la Unión Europea», *La Ley Penal*, n.º 127, 2017, pp. 1-15.

⁹⁶⁹ *Criterios y Acuerdo sobre la especialización del JVP*, 2017, criterios 1 a 6 de los relativos a la aplicación de la Ley 23/2014. Igualmente, BENÍTEZ YÉBENES, J. R., 2017, pp. 525-529, configura un procedimiento tipo de actuación al respecto.

⁹⁷⁰ Al respecto, HERNANDO GALÁN, M., *Los extranjeros en el Derecho Penitenciario Español*, Colex, Madrid, 1997, p. 103.

los contactos establecidos entre dichos profesionales para configurar los instrumentos de control necesarios⁹⁷¹. A nuestro juicio, y sin menoscabo de los avances que ello supondría, la importancia de la materia que abordamos –ejecución de una condena privativa de libertad– justifica una mayor institucionalización de los procesos que necesita.

A su vez, la configuración de la libertad condicional tras la LO 1/2015 y parte de la jurisprudencia penitenciaria recaída hasta el momento, anuncian escasas mejoras en este importante asunto. Teniendo en cuenta la nueva naturaleza de la libertad condicional como suspensión de condena, los recientes Autos del JVP n.º 3 Madrid de 28.11.16 y 30.12.16⁹⁷², deniegan la transmisión de las resoluciones de libertad condicional a otro Estado Miembro en los casos en que no se imponga alguna de las reglas de conducta del artículo 94 de la Ley 23/2014. En estos supuestos, dado que no existen reglas de conducta cuyo cumplimiento supervisar, únicamente ha de garantizarse que el liberado condicional satisface las obligaciones básicas que conlleva el acceso a la libertad condicional en tanto que tiempo de suspensión de condena. Es decir, que el liberado no vuelve a delinquir durante ese tiempo y que no traspasa los límites fronterizos del país donde tiene fijado el disfrute de la libertad condicional. Por ello, los referidos autos acuerdan la no transmisión de las resoluciones de libertad condicional, en tanto las autoridades españolas son plenamente capaces de realizar dichos controles por sí solas.

A pesar del encaje jurídico de este razonamiento en el contexto del nuevo concepto de libertad condicional, asistimos a un nuevo choque entre lo que la libertad condicional es conforme a la normativa penitenciaria y lo que tras la reforma está llamada a ser. Así, desde el punto de vista penitenciario, defendemos la necesidad de contar con mecanismos de control efectivo sobre la conducta del interno liberado, más allá de la constatación de comisión de un nuevo delito o sus movimientos transfronterizos, y con independencia de que se impongan o no reglas de conducta concretas. Sólo así es posible reconducir comportamientos poco adecuados desde el punto de vista de su normalización social, evitando conductas futuras que justifiquen una revocación de la libertad condicional. Máxime, teniendo en cuenta las drásticas consecuencias que implica la revocación de esta nueva libertad condicional⁹⁷³. De acuerdo con esta

⁹⁷¹ BUENO ARÚS, F., DE MIGUEL ZARAGOZA, J., *Manual de Derecho Internacional*, Ed. Universidad Pontificia de Comillas, 2003, pp. 301 y ss.

⁹⁷² Comentados respectivamente en *Diario La Ley*, n.º 8884, Sección Jurisprudencia, 19.12.16 y *Diario La Ley*, n.º 8902, Sección Jurisprudencia, 17.01.17.

⁹⁷³ Para mayor análisis, SOLAR CALVO, P., «La transmisión de resoluciones de libertad condicional en países de la UE. A propósito de los Autos del JVP n.º 3 de Madrid de 28 de noviembre de 2016 y 30 de diciembre de 2016», *Diario La Ley*, n.º 8940, Sección Tribuna, 14.03.17.

postura, y como vía para procurar el mayor control de los liberados, los Fiscales de Vigilancia Penitenciaria apuntan a la necesidad de que los autos de concesión de libertad condicional hagan constar alguna de las reglas de conducta del artículo 94 Ley 23/2014. Ello aunque se trate únicamente de la regla genérica del artículo 94 j) ⁹⁷⁴, pues de este modo se obliga a la transmisión de las resoluciones de concesión de la libertad condicional y del control efectivo del liberado que reclamamos ⁹⁷⁵.

No obstante las importantes carencias detectadas, es necesario tener en cuenta que estos avances normativos tan sólo surten efecto en el ámbito de la Unión Europea. De modo que la situación de aquellos internos que disfrutaban de la libertad condicional en otros ámbito geográficos queda al albur de una colaboración institucional que no ha sido establecida ni delimitada. En estos casos, el control que se ejerce sobre el liberado condicional 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.

En otro orden de cosas, que el artículo 197 RP se aproxima más a una expulsión penal que a una libertad condicional al uso, se pone de manifiesto en tres aspectos adicionales que comentamos brevemente. En primer lugar, es tal el interés por procurar la expulsión de los extranjeros irregulares a través de cualquier instrumento jurídico que lo permita, que el artículo 197 RP no regula el supuesto de internos extranjeros que, aun con residencia regular, solicitan cumplir el periodo de libertad condicional en su país de origen al haber variado sus condiciones de integración social durante el transcurso de la condena. De nuevo, se advierte la consideración que merece el dato del arraigo desde el punto de vista penitenciario.

La interpretación más lógica parece ser la de permitir la aplicación del artículo 197 RP también a estos supuestos ⁹⁷⁶. Sólo así se evita discriminar a los extranjeros que hubieran adquirido el estatus regular sin fundamento normativo alguno. Como venimos exponiendo, la actuación penitenciaria adquiere sentido pleno si se orienta a conseguir la integración de los internos en el

⁹⁷⁴ El artículo 94 j) Ley 23/2014 determina como susceptible de transmisión «la obligación de cooperar con un agente de vigilancia o con un representante de un servicio social que tenga responsabilidades con respecto a la persona condenada». Esto es, contempla como obligación asociada a la libertad condicional lo que constituye su régimen de seguimiento habitual.

⁹⁷⁵ *Conclusiones de las Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria de 2016*, punto 21. Postura asumida por la AP de Madrid Secc. 5.^a en los Autos de 03.11.16 y 09.12.16, *Jurisprudencia Penitenciaria 2016*, ob. cit., pp. 629 y ss.

⁹⁷⁶ GARCÍA GARCÍA, J., *17 Encuentro Abogacía en Derecho de Extranjería y Asilo*, 2007, p. 19; RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, p. 839.

lugar donde estos cuentan con una red social adecuada para desarrollar su vida en libertad posterior al cumplimiento de la condena. Por ello, Fernández Arévalo y Nistal Burón abogan por la aplicación de esta posibilidad incluso a los españoles que se desplazan con carácter más o menos fijo al extranjero⁹⁷⁷. A la vez, no existe otro mecanismo que sirva para dar cobertura jurídica general a estos supuestos. En cuanto a la transmisión de las resoluciones de libertad condicional bajo el régimen de la Ley 23/2014, ya hemos visto que su aplicación se limita a la Unión Europea. Por su parte, el Convenio de Estrasburgo para el Traslado de Condenados de 1983 no sirve a estos efectos, pues únicamente sirve para el traslado de las condenas impuestas, pero no de una resolución concreta que aprueba una forma de cumplimiento de dicha condena⁹⁷⁸.

En segundo lugar, es altamente significativo el segundo apartado del artículo 197 RP. De forma un tanto críptica, vincula la expulsión penal de artículo 89 CP a la libertad condicional, estableciendo la obligación de comunicar al Tribunal sentenciador las resoluciones de libertad condicional que hubieran recaído sobre internos extranjeros, con la finalidad de favorecer la ejecución de su expulsión penal. En la práctica, obliga a la A.P. a promover ante el Tribunal sentenciador la posibilidad de ejecutar la expulsión penal, en aquellos casos en que el JVP no apruebe la libertad condicional del extranjero en su país de origen. Se enlazan así ambos mecanismos, la libertad condicional a disfrutar en el extranjero y la expulsión penal del extranjero, mostrando lo que decíamos antes, el interés supremo del artículo 197 RP por procurar que los extranjeros que hubieran delinuido abandonen el territorio español.

Finalmente, 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 artículo 197 RP sobre libertad condicional en país extranjero. Y es que, 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. Con lo que se plantea la cuestión de qué régimen establecer para estos internos

⁹⁷⁷ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, p. 935.

⁹⁷⁸ En concreto, el Convenio de Estrasburgo para el Traslado de Condenados de 1983 permite el cumplimiento de condena en el país de origen o residencia habitual. Implica una fase de autorización jurídica y otra política o de acuerdo entre los países de condena y cumplimiento y supone la conversión previa de la condena impuesta conforme a parámetros de ejecución aceptables en el Estado de destino del condenado. Profundizan en el análisis de este instrumento, FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, pp. 947-954. Teniendo en cuenta la última jurisprudencia del TJUE al respecto, NISTAL BURÓN, J., «El traslado de personas condenadas en el ámbito de la UE. El reparto de competencias entre el estado de emisión y el estado de recepción sobre el cumplimiento de una misma condena. (A propósito de la Sentencia del TJUE –Gran Sala– de 8 de noviembre de 2016)», *Diario La Ley*, n.º 8916, Sección Comentarios de jurisprudencia, 07.02.17.

en tercer grado, en cuanto acceso a fines de semana y permisos, no sólo en tanto recae la resolución judicial, sino también de resultar ésta negativa. La solución práctica por la que se apuesta es desfavorable a que los internos extranjeros clasificados en tercer grado realicen las salidas propias del régimen de semilibertad en que se encuentran, reduciendo estos instrumentos penitenciarios de reinserción a los meros efectos de la expulsión a la que se orientan. Una muestra más del sometimiento e incoherencia normativas que venimos advirtiendo. En contra de este proceder y destacando el sinsentido de esta sumisión normativa, el AJVP de Granada de 28 de agosto de 2014 determina que el tercer grado concedido a efectos de expulsión se ha de ejecutar hasta sus últimos extremos en tanto que régimen abierto, dando con ello prioridad a la normativa penitenciaria sobre la de extranjería. En concreto:

«El interno pues, de forma indebida, permanece en un centro de régimen ordinario que actualmente carece de sección abierta sin que sean atendibles las razones esgrimidas por el centro directivo para su destino ya que, el artículo 82 del Reglamento Penitenciario, establece modalidades de vida que pueden ser aplicadas a un interno que sea preciso observar por sus circunstancias personales y, que al parecer, no han sido tenidas en cuenta para la clasificación del interno en tercer grado de tratamiento. Pues, como ya tiene dicho este juzgado, el artículo 89.5 del Código Penal no contempla en modo alguno una modalidad de tercer grado distinta de la general establecida en las ya mencionadas disposiciones del Reglamento Penitenciario y que pueda ser considerada instrumental para conseguir o lograr la expulsión del territorio español de aquellos condenados extranjeros (...).

Y lo dispuesto por el mencionado nº 5 es que cuando un extranjero que cumpla condena en España acceda al tercer grado, por el juez o tribunal sentenciador previa audiencia del ministerio fiscal, interesado y demás partes personadas se pueda acordar su expulsión del territorio nacional pero, en modo alguno, que el interno, sin concurrir los requisitos penitenciarios establecidos al efecto, pueda ser progresado de grado con la única finalidad de ser expulsado de España, y sin que por lo tanto le sea aplicada la modalidad de vida establecida para tal clasificación»⁹⁷⁹.

3. EL ARTÍCULO 89 CP TRAS LA LO 1/2015

Si la situación descrita ya resultaba suficientemente desconcertante, la redacción que la LO 1/2015 da al artículo 89 CP supera todas las previsiones

⁹⁷⁹ *Jurisprudencia Penitenciaria*, 2014, ob. cit., pp. 432-433.

y hace inviable encontrar soluciones a la problemática aquí planteada⁹⁸⁰. En concreto, la nueva norma determina que:

«1. Las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español. Excepcionalmente, cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, el juez o tribunal podrá acordar la ejecución de una parte de la pena que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, y la sustitución del resto por la expulsión del penado del territorio español. En todo caso, se sustituirá el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español cuando aquél acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional.

2. Cuando hubiera sido impuesta una pena de más de cinco años de prisión, o varias penas que excedieran de esa duración, el juez o tribunal acordará la ejecución de todo o parte de la pena, en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. En estos casos, se sustituirá la ejecución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando el penado cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional.

3. El juez o tribunal resolverá en sentencia sobre la sustitución de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia al Fiscal y a las demás partes, sobre la concesión o no de la sustitución de la ejecución de la pena.

4. No procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada.

La expulsión de un ciudadano de la Unión Europea solamente procederá cuando represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales.

Si hubiera residido en España durante los diez años anteriores procederá la expulsión cuando además: a) Hubiera sido condenado por uno o más delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexuales castigados

⁹⁸⁰ Ofrece una visión crítica y explicativa del nuevo artículo 89 CP, MENDOZA BUERGO, B., «La determinación de la pena, las instituciones individualizadoras y los substitutivos de las penas privativas de libertad», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J., 2015, pp. 364-368; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., «Top manta, ayuda a la inmigración y irregular y expulsión de extranjeros: la reforma de los artículos 270 y 274, 311 bis, 318 bis, 89 y 108 CP» en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., ANTÓN BOIX, J. R., 2014, pp. 79-97; IGLESIAS RÍO, M. A., «La expulsión de extranjeros», en QUINTERO OLIVARES, G., 2015, pp. 173-188. Destaca su impacto penitenciario, SOLAR CLAVO, P., «Régimen Penitenciario de Extranjeros: Soluciones que no llegan», *Legal Today*, 27.08.15. Por su parte, ofrecen un resumen de los hitos normativos de la reforma, CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 105-108; GRACIA MARTÍN, L., ALASTUEY DOBÓN, C., «Suspensión de la ejecución, sustitución de las penas privativas de libertad y libertad condicional», en GRACIA MARTÍN, L., 2016, pp. 140-143.

con pena máxima de prisión de más de cinco años y se aprecie fundadamente un riesgo grave de que pueda cometer delitos de la misma naturaleza. b) Hubiera sido condenado por uno o más delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal. En estos supuestos será en todo caso de aplicación lo dispuesto en el apartado 2 de este artículo.

5. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado.

6. La expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

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

8. Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el juez o tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la ley para la expulsión gubernativa. En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma.

9. No serán sustituidas las penas que se hubieran impuesto por la comisión de los delitos a que se refieren los artículos 177 bis, 312, 313 y 318 bis».

La redacción de este artículo corrige dos aspectos concretos que la doctrina había criticado respecto de su versión anterior. En concreto, se modula el tiempo de expulsión en función de la gravedad del delito cometido y las circunstancias personales del condenado, y se permite que, de no poder ejecutarse la misma, los internos extranjeros puedan beneficiarse de una posible suspensión o sustitución de la condena impuesta⁹⁸¹.

No obstante, no podemos felicitarnos de un precepto que profundiza en el sometimiento de la política penitenciaria a la de extranjería y sitúa más si

⁹⁸¹ Ambos aspectos habían sido destacados por MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, pp. 151-152.

cabe, al extranjero como enemigo del sistema⁹⁸². Veamos a continuación sus aspectos más destacados.

3.1 Presupuestos objetivos de la nueva expulsión penal: un límite temporal a la baja y la específica referencia al tercer grado y la libertad condicional

Como vemos, el nuevo artículo 89 CP prescinde de la frontera de los seis años que venía siendo habitual en la diferenciación de los dos regímenes de expulsión penal –el que permitía la sustitución completa de la condena, o el que exigía el cumplimiento de una parte de la misma–, para optar por el límite mínimo de un año por debajo del cual no es posible proceder a la expulsión. A su vez, se establecen dos nuevos regímenes con la cifra de los cinco años como frontera. De un lado, el régimen de las condenas que por encima del mínimo del año no superen el máximo de cinco, en el que la sustitución del total de la condena por expulsión se establece como norma general. De otro, el régimen aplicable a las condenas que sean superiores a esos cinco años, en el que se prevé la expulsión tras el cumplimiento de una parte de la condena y, en todo caso, en el momento de acceso al tercer grado o la libertad condicional. Al respecto, se imponen las siguientes valoraciones.

En cuanto a los límites que se eligen, y los regímenes que les corresponden, su acierto es un tanto dudoso. El límite inferior de un año garantiza una correlación entre lo leve del injusto cometido y sus menores consecuencias jurídicas en materia de extranjería⁹⁸³. Sin embargo, justamente para las condenas más leves es para las que tiene más sentido que la política de extranjería pueda imponerse sobre la penal, debiendo quedar las condenas más graves al margen de posibles sustituciones. Como apunta Leganés Gómez, de acuerdo con el Informe del Consejo Fiscal:

«El Consejo Fiscal, interpretando este precepto, aconsejaba en la tramitación de este apartado del Proyecto CP que mantuviese el criterio vigente de que la expulsión puede abarcar cualquier pena privativa de libertad con el fin de abordar adecuadamente los casos en que la norma penal se utiliza como burladero para eludir el cumplimiento de la norma administrativa; y porque es precisamente en el ámbito de los delitos de menor gravedad donde más justificada se halla la prevalencia de los fines de la política migratoria sobre los fines de política criminal. Piénsese que si la comisión de delitos de escasa entidad –delitos leves– con-

⁹⁸² IGLESIAS RÍO, M. A., «La expulsión de extranjeros», en QUINTERO OLIVARES, G., 2015, p. 175.

⁹⁸³ Así lo destaca el Informe del CGPJ al Anteproyecto de LO 1/2015, ob. cit., p. 115.

duce a la imposición de una pena de prisión inferior a un año, la comisión de infracciones penales puede convertirse en un medio útil de eludir la aplicación de la normativa de extranjería al que podrán recurrir extranjeros en situación irregular»⁹⁸⁴.

Pero además de continuar alejándose de los criterios propios de justicia penal, el artículo 89 CP se separa también con esta redacción de la lógica general del régimen de suspensión al que pertenece y que, en aplicación del artículo 84 CP en relación al artículo 80 CP, en tanto que modalidad del mismo, limita la sustitución de las condenas cuando no superen el límite de los dos años. Es decir, establece el límite a la sustitución por arriba y no por abajo como hace el artículo que comentamos⁹⁸⁵.

En segundo lugar, la combinación de este nuevo artículo 89 CP con los preceptos propios de la LOE que participan en la problemática que abordamos, resulta en un baile de cifras un tanto contradictorio⁹⁸⁶. Así, el límite mínimo de un año se alinea con el artículo 57.2 LOE –que determina la irregularidad administrativa para los extranjeros que hubieran cometido un delito doloso castigado con más de un año de condena–, pero se separa del artículo 57.7 LOE que continúa tomando como referencia la frontera de los seis años de condena⁹⁸⁷. Ello en contra de toda lógica, pues es justamente con este último con el que más concordancia debiera guardar al constituir ambos los dos supuestos en que el Estado renuncia al *ius puniendi*⁹⁸⁸.

Finalmente, el hecho de que el límite superior de los cinco años se aprecie aun cuando sea resultado de la imposición de varias condenas diferentes es a nuestro entender equivocado, en cuanto prescinde de la valoración relativa al injusto causado. A la par, se trata de una previsión incongruente con la interpretación que se mantienen para el requisito temporal del año⁹⁸⁹ y en relación

⁹⁸⁴ En este sentido, LEGANÉS GÓMEZ, S., *Diario La Ley*, 2015 A, p. 4, siguiendo el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, ob. cit., pp. 70-71.

⁹⁸⁵ En concreto, el artículo 80.1, al margen de los supuestos especiales de los apartados 3 –penas de prisión que individualmente no excedan de dos años– y 5 –penas privativas de libertad no superiores a cinco años–, establece la suspensión para las «penas privativas de libertad no superiores a dos años».

⁹⁸⁶ IGLESIAS RÍO, M. A., «La expulsión de extranjeros», en QUINTERO OLIVARES, G., 2015, p. 174.

⁹⁸⁷ Con ello, se desmiente en parte el apartado IV del Preámbulo de la reforma que apunta que «se ajusta el límite de pena a partir del cual podrá acordarse la expulsión a la regulación contenida en la legislación de extranjería», olvidando sin embargo, que la concordancia que se establece con el artículo 57.2 LOE provoca un desajuste respecto del artículo 57.7 LOE con el que la redacción anterior del artículo 89 CP coincidía.

⁹⁸⁸ Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, ob. cit., p. 75.

⁹⁸⁹ RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, p. 815.

al periodo de seguridad, creándose un nuevo compartimento estanco al margen de cualquier intento de generalización interpretativa⁹⁹⁰.

Por otro lado, en cuanto a las pautas relativas a la sustitución, la nueva redacción lleva al máximo la instrumentalización penitenciaria a favor de la política de extranjería. La redacción actual va más allá que las anteriores pues, además del tercer grado, refiere directamente el momento de acceso a la libertad condicional como uno de los posibles para proceder a la expulsión. Si las redacciones anteriores ya mencionaban las tres cuartas partes e inducían a identificar su cumplimiento con el de acceso a la libertad condicional, la versión actual no deja lugar a dudas⁹⁹¹. Se profundiza así la utilización de fases de cumplimiento vinculadas a una ejecución eminentemente tratamental de la pena privativa de libertad para el logro de fines que nada tienen que ver con la evolución del interno, ni con su pretendida reinserción final⁹⁹². En palabras de Recio Juárez: «En cualquiera de los supuestos opera el acceso al tercer grado o la concesión de la libertad condicional como límite máximo del período de cumplimiento de la pena, previo a la expulsión. Por ello la reforma seguirá suscitando polémica en cuanto a la satisfacción de los fines de reinserción de la pena, ya que pese a los cambios introducidos, es continuista respecto a la anterior regulación»⁹⁹³. De hecho, por la propia especificidad penitenciaria que supone, Mapelli Caffarena, apunta que:

«Sistemáticamente hubiera sido más acertado incluir esta disposición como una modalidad específica de la libertad condicional, aunque en este supuesto la expulsión no tiene que ir necesariamente precedida del tercer grado»⁹⁹⁴.

⁹⁹⁰ Instrucción 2/2005, DG. II. PP., ob. cit., p. 2.

⁹⁹¹ Recordando la versión del artículo 89 dado por LO 11/2003: «Igualmente, los Jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, acordarán en sentencia la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, en el caso de que se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, salvo que, excepcionalmente y de forma motivada, aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario de España». Referencia que mantenía el artículo 89 CP tras su reforma por LO 5/2010, en la que se prescindía de la barrera de los seis años para permitir la revisión de la expulsión.

⁹⁹² Para RÍOS MARTÍN, J., «Las alternativas a la prisión», *CDJ. Ejemplar dedicado a las penas y medidas de seguridad*, n.º 14, 2006, p. 309, «esta regulación supone una posible sustracción a los extranjeros del tratamiento penitenciario». En parecidos términos RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, p. 820 y ROCA AGAPITO, L., *El sistema de sanciones en el Derecho penal español*, Bosch, Barcelona, 2007, p. 177.

⁹⁹³ RECIO JUÁREZ, M., *Diario La Ley*, 2015, p. 5. Igualmente, FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. «Expulsión judicial y reforma de la LO 5/2010», *Revista de derecho migratorio y extranjería*, n.º 24, 2010, p. 23; FERRER GUTIÉRREZ, A., *Manual práctico sobre ejecución penal y derecho penitenciario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 212.

⁹⁹⁴ A su vez, MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, p. 153.

A su vez, el contenido de la norma en este punto es defectuoso en dos sentidos. Primero, porque la referencia normativa a la libertad condicional hace que el régimen actual del artículo 89 CP y el del artículo 197 RP se confundan absolutamente, sin que se aporten criterios válidos para su delimitación. Segundo y más importante, porque buscando el fin prioritario de la expulsión se olvida de la lógica del sistema de cumplimiento. Así, no tiene sentido que se vincule la expulsión con el tercer grado y, al mismo tiempo, con la libertad condicional, cuando el tercer grado es requisito de ésta. Es decir, si se concede la libertad condicional a un interno, éste ya se encuentra previamente en tercer grado y por tanto, de acuerdo con el precepto, ya debiera haber sido expulsado⁹⁹⁵. Y lo mismo sucede en relación al régimen correspondiente a las condenas de entre uno y cinco años. Si ya se determina que la expulsión se llevará a cabo a los dos tercios de la condena, no se entiende la referencia a la libertad condicional que, normalmente, exige el cumplimiento de las tres cuartas partes de la misma. Con todo ello, parece que el artículo 89 CP parte de las propias dificultades de llevar a cabo las expulsiones que regula, estableciendo cuantos más ocasiones para su propuesta y ejecución, pero prescindiendo de todo sentido normativo que no sea el de fomentar la expulsión.

Por último, el régimen global que resulta de esta regulación plantea importantes dudas desde el punto de vista de su justicia material. El artículo 89 CP, siguiendo los pasos dados por la LO 5/2010, consolida la posibilidad de expulsar a un interno después de cumplir una parte importante de la condena sea cual sea la duración de ésta. Ello a pesar de las dudas que vimos que el TC había planteado por la mayor onerosidad que supone en comparación con el cumplimiento de condena de los internos nacionales, y en contra de voces autorizadas que dudan que estos supuestos puedan considerarse una modalidad de sustitución⁹⁹⁶ y avisan de una posible infracción del principio *non bis in idem*. Así, Martínez Escamilla advierte que:

⁹⁹⁵ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, p. 957.

⁹⁹⁶ En cuanto a las críticas a la sustitución parcial, COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 1202, entiende que si se aplica la expulsión una vez cumplida gran parte de la pena, más que una sustitución es una pena o medida añadida. En el mismo sentido, IGLESIAS RÍO, M. A., «La expulsión de extranjeros», en QUINTERO OLIVARES, G., 2015, p. 178; RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, p. 821. Desde una perspectiva más general, MENDOZA BUERGO, B., «La determinación de la pena, las instituciones individualizadoras y los substitutivos de las penas privativas de libertad», en LASCURÁIN SÁNCHEZ, J. A., 2015, p. 364, duda de la consideración del artículo 89 CP como modalidad sustitutiva. Como refiere la autora: «Se prevé en este artículo 89 CP un supuesto especial que el legislador incluyó en su día en esta sección de la sustitución de penas privativas de libertad, a pesar de que propiamente no se trata de tal institución, ni tiene nada que ver con el fundamento y fines de la misma (...). Con independencia del trasfondo más o menos velado de razones que están detrás de esta criticable regulación –la idea de expulsar al extranjero, al considerado enemigo, al peligroso o marginal–, las evidentes diferencias con una adecuada institución de la sustitución se ponen de manifiesto por la ausencia de todo fin

«La expulsión (que además conlleva la prohibición de regreso) cuando ya se ha cumplido buena parte de la pena privativa de libertad sí podría suponer una lesión del principio de non bis in idem, pues, a diferencia del supuesto referido en el punto anterior (expulsión por antecedentes penales del art. 57.2 LOE), aquí tanto pena privativa cumplida como la expulsión son sanciones penales y, por lo tanto, su fundamento es el mismo. Por ello no debería expulsarse al reo tras cumplir buena parte de la condena a no ser que éste lo pida o esté de acuerdo»⁹⁹⁷.

En idéntico sentido, Mendoza Buergo:

«La reforma de 2015 no sólo mantiene que en los casos en que cumpla todo o parte de la pena en una prisión española se expulsará al sujeto cuando durante la ejecución de su pena llegue a obtener el tercer grado o la libertad condicional, sino que extiende la misma medida en todo caso tras ese cumplimiento parcial: será expulsado, acumulándose los dos castigos y comprometiendo así el principio *non bis in idem*»⁹⁹⁸.

3.2 El sujeto pasivo del art.89 CP: El extranjero delincuente como nuevo enemigo del sistema

Pues bien, a pesar de la importancia de los cambios anteriores, los mismos resultan anecdóticos si tenemos en cuenta que a partir de la LO 1/2015 no es necesario que el extranjero a expulsar se encuentre en situación administrativa de irregularidad. Si bien parte de la doctrina entiende que con esta medida la norma penal se independiza de la de extranjería⁹⁹⁹, desde nuestro punto de

preventivo especial, la no previsión de una propia pena alternativa, puesto que la expulsión no es propiamente tal (no figura siquiera en el catálogo de penas), por su excesiva gravedad en unos casos y su levedad en otros y por la condición de los sujetos a la que es aplicable: a los extranjeros residentes legales o no en territorio español que hayan cometido un delito».

⁹⁹⁷ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., «Top manta, ayuda a la inmigración y irregular y expulsión de extranjeros: la reforma de los artículos 270 y 274, 311 bis, 318 bis, 89 y 108 CP» en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., ANTÓN BOIX, J. R., 2014, p. 93. En idéntico sentido, el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, ob. cit., p. 75.

⁹⁹⁸ MENDOZA BUERGO, B., «La determinación de la pena, las instituciones individualizadoras y los sustitutivos de las penas privativas de libertad», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., 2015, p. 366.

⁹⁹⁹ Para RECIO JUÁREZ, M., *Diario La Ley*, 2015, p. 3, «Se deja por fin de lado el tratamiento diferenciado del delincuente extranjero en atención a su situación administrativa (...). Se trata de una mejora sustancial, que aleja la expulsión judicial de su instrumentalidad al servicio de la lucha contra la inmigración ilegal, para acercarla a una auténtica medida de carácter penal». El autor toma como referencia el análisis realizado por GONZÁLEZ CAMPO, E., «La ejecución penal en relación con el extranjero en situación irregular», *Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 49, CGPJ, Madrid, 2010, p. 3, en el que mantiene que: «el elemento normativo que sirve de sustrato a la sustitución –la irregularidad de su residencia– no es un ingrediente del tipo objetivo de injusto (...), sino que se representa como un factor o condición de naturaleza gubernativa».

vista, se provoca más bien el efecto contrario, la supeditación aún mayor del Derecho Penal a los fines de la política de extranjería. En concreto, el artículo 89 CP se alinea de nuevo, como vimos que sucedía a la hora de establecer el mínimo temporal de un año de condena, con el artículo 57.2 LOE que prevé la expulsión administrativa de los extranjeros que hubieran cometido un delito con independencia de su situación administrativa previa¹⁰⁰⁰. Ello a pesar de las dudas jurídicas que vimos que penden sobre dicho precepto de la LOE, pendiente de resolución de una cuestión prejudicial ante el TJUE, justamente por prescindir en su aplicación de cualquier valoración relativa al arraigo de los extranjeros afectados. Así, se lleva al máximo lo que ya establecía la Exposición de Motivos de la LO 11/2003 como justificación de fondo del artículo 89 CP, esto es, «evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España».

De este modo, el artículo 89 CP introduce una diferenciación de aplicación de la norma penal claramente discriminatoria sobre la única base de la nacionalidad. En este sentido, Muñoz Ruiz mantiene que con la reforma: «el proceso penal se convierte en un vehículo para las políticas de extranjería, y rompe con el principio de igualdad de trato ante unos mismos hechos delictivos, dado que el extranjero, con independencia de su situación administrativa, se enfrenta a unas consecuencias cualitativamente distintas que el resto de ciudadanos nacionales»¹⁰⁰¹. De acuerdo con esta postura, Leganés Gómez advierte que los extranjeros con residencia legal «deberían ser tratados penalmente al igual que los españoles en base al artículo 14 CE. La aplicación automática e indiscriminada de esta fórmula penal, la hace rayana en la inconstitucionalidad por vulneración de uno de los pilares básicos de un Estado Social y Democrático de Derecho: la igualdad (...) La responsabilidad penal debe regirse por los principios que le son propios pues la norma penal, y no debe distinguir entre ciudadanos españoles y nacionales de otros estados. Por tanto, esta fórmula

¹⁰⁰⁰ Al respecto, NISTAL BURÓN, J., «Los fines de la política criminal y su vinculación con la política de extranjería en la reforma proyectada del Código Penal. Su incidencia en el ámbito penitenciario», *Diario La Ley*, n.º 8144, Sección Doctrina, 06.09.13, p. 5 refiere que: «la ampliación del ámbito de aplicación de la expulsión judicial a los extranjeros residentes legales, que se propone en esta reforma del CP, estaría en consonancia con lo dispuesto en el art. 57.2 LOE, que posibilita, como supuesto de expulsión administrativa, una vez extinguida la condena, la de los extranjeros condenados a pena privativa de libertad superior a un año, obligando a los que comenten ilícitos penales sean expulsados, una vez que cumplen la condena en España, sean o no residentes legales, porque se entiende, de alguna forma, que el extranjero que es residente legal en España, si comete un delito, puede perder esa condición de residencia legal».

¹⁰⁰¹ MUÑOZ RUIZ, J., «La expulsión penal. Nuevas tendencias legislativas», *RECPC*, n.º 16-05, 2014, p. 18. En idéntico sentido, LEGANÉS GÓMEZ, S., *Diario La Ley*, 2015 A, p. 3; COMAS D'ARGEMIR, M., SÁNCHEZ-ALBORNOZ, C. y NAVARRO, E., «Sustitución de la pena por expulsión: principio de proporcionalidad, audiencia del acusado y del penado, distintas fases procesales (art. 89 CP)», en *Jornadas de la comisión penal de jueces para la democracia*, Valencia, 2012, pp. 23 y 24.

suspensiva habría de ser expulsada del ámbito penal»¹⁰⁰². Y todo ello con consecuencias penitenciarias de primer orden, pues como refirió el Consejo Fiscal en su Informe al Anteproyecto:

«Tal como está redactado el artículo 88.2 del Anteproyecto –finalmente art. 89.2 CP–, un extranjero que hubiera sido condenado junto con un español por la comisión de un delito en régimen de coautoría e idénticas circunstancias a la misma pena privativa de libertad superior a tres años tendrá que cumplir la condena en otras condiciones que el español al no tener posibilidad de que el acceso al tercer grado penitenciario o el cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena puedan tener virtualidad jurídica alguna»¹⁰⁰³.

A su vez, prescindir de la situación de irregularidad, plantea también serias dudas de compatibilidad con el principio de proporcionalidad al no tener en cuenta las diferentes situaciones en las que *a priori* puede encontrarse un extranjero¹⁰⁰⁴. Según el Consejo Fiscal:

«En efecto, puede afirmarse que el vigente artículo 89 CP, al limitar la expulsión sustitutiva penal a los ciudadanos extranjeros sin permiso de residencia, no sólo está recogiendo a nivel legal el principio de proporcionalidad que debe presidir toda esta materia de manera congruente con las disposiciones de la Ley Orgánica de Extranjería, sino también está optando por la única solución sencilla que comprenda la concurrencia de distintos regímenes jurídicos según las diferentes categorías de extranjeros»¹⁰⁰⁵.

Los mayores problemas de encaje normativo que este nuevo planteamiento genera aparecen en relación a la expulsión de ciudadanos de la UE y su adaptación tanto a la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la

¹⁰⁰² LEGANÉS GÓMEZ, S., *Diario La Ley*, 2015 A, p. 13; COMAS D'ARGEMIR, M.; SÁNCHEZ-ALBORNOZ, C. y NAVARRO, E., *Jornadas de la comisión penal de jueces para la democracia*, 2012, pp. 23 y 24.

¹⁰⁰³ Informe Consejo Fiscal al Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, ob. cit., p. 74. Respecto de la versión anterior del precepto, MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, p. 149, ya refería que: «la constitucionalidad de esta disposición es dudosa, casa mal con la declaración constitucional de reconocimiento a los extranjeros de las libertades públicas (art.13 CE), entre las que se encuentra el derecho a la igualdad». Igualmente, aborda la problemática general que desde el punto de vista constitucional plantea la expulsión de extranjeros, MAQUEDA ABREU, M. L., «¿Es constitucional la expulsión penal del extranjero?», en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., ROCA ROCA, E. (Coords.), *Los Derechos Humanos. Libro Homenaje al Excmo. Sr. D. Luis Portero García*, Universidad de Granada, 2001, pp. 509-518.

¹⁰⁰⁴ IGLESIAS RÍO, M. A., «La expulsión de extranjeros», en QUINTERO OLIVARES, G., 2015, p. 185.

¹⁰⁰⁵ Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995 ob. cit., p. 68. En el mismo sentido, LEGANÉS GÓMEZ, S., *Diario La Ley*, 2015 A, p. 13. RECIO JUÁREZ, M., *Diario La Ley*, 2015, p. 4, siguiendo al CGPJ en su Informe al Anteproyecto de la LO 1/2015 de reforma del CP, ob., cit., p. 115, aporta a su vez más argumentos a esta desproporcionalidad normativa acudiendo a sus requisitos subjetivos, pues, a pesar de alinearse con el artículo 57.2 LOE, y en contra de lo que tal precepto prevé, el artículo 89 CP abarca tanto los delitos dolosos como los culposos.

Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, así como en la jurisprudencia del TJUE. De ahí que se establezca un régimen de expulsión específico para los mismos, de modo que su expulsión sólo es posible en los términos del apartado 4 del art.89 CP, esto es, cuando «represente una amenaza grave para el orden público en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales»¹⁰⁰⁶. A su vez, para aquellos europeos que hubieran residido diez años en España, la norma se ve de nuevo en la obligación de elevar los estándares que permiten la expulsión exigiendo un plus de gravedad a los delitos cometidos¹⁰⁰⁷. Para ello, siguiendo la lógica característica del *Derecho Penal del enemigo*, se seleccionan determinadas tipologías delictivas cuya comisión justifica la aplicación de lo que se entiende que son las consecuencias más severas, en este caso, la expulsión de un ciudadano europeo con residencia de larga duración. En concreto, y de manera alineada con la selección de delitos que se realiza al regular otras materias –por ejemplo, la imposibilidad de levantamiento del periodo de seguridad (art. 36.2 CP) o la prohibición de beneficiarse de determinadas modalidades de libertad condicional adelantada (apartados 3 y 8 del art. 90 CP)–, dichas consecuencias se reservan a quienes hubieran cometido delitos sexuales o de terrorismo [párrafo 3, letras a) y b) del art. 89.4 CP].

El resultado global que se obtiene no puede ser más inadecuado. En primer lugar, el carácter imperativo de la expulsión, la indeterminación de los preceptos que la norma emplea y los márgenes temporales escogidos, hacen que la redacción del artículo 89 CP no se ajuste plenamente al derecho de libre circulación consagrado en el ámbito europeo¹⁰⁰⁸. De hecho, como apunta Ríos Martín, es claro que el supuesto de expulsión en condenas de más de un año de

¹⁰⁰⁶ El TJUE en SSTJUE de 22 mayo 2012; de 23 de noviembre de 2010; de 17 de noviembre de 2011; de 10 de julio de 2008; de 11 de marzo de 2003; de 25 de octubre de 2001 o de 17 de octubre de 1995, ha declarado que pueden afectar la seguridad pública los ataques al funcionamiento de las instituciones y de los servicios públicos esenciales, a la supervivencia de la población, el riesgo de una perturbación grave de las relaciones exteriores o de la coexistencia pacífica de los pueblos, y los ataques a intereses militares, incluyendo en ello los actos de terrorismo, pero también los actos delictivos que se enmarcan dentro de la criminalidad organizada, así como las conductas delictivas que presente un nivel de intensidad tal, que sean capaces de amenazar directamente la tranquilidad y la seguridad física de la población.

¹⁰⁰⁷ En Anteproyecto de la reforma no establecía diferencia alguna entre los extranjeros comunitarios y los restantes, aspecto duramente criticado por el Consejo Fiscal. En su Informe proponía excluir a los ciudadanos de la UE de cualquier posibilidad de expulsión, o al menos, establecer un régimen diferenciado para ellos en el sentido finalmente acogido por la norma. Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, ob. cit., pp. 63-66.

¹⁰⁰⁸ IGLESIAS RÍO, M. A., «La expulsión de extranjeros», en QUINTERO OLIVARES, G., 2015, p. 185.

prisión no presupone automáticamente que estemos ante una conducta capaz de desestabilizar el orden o seguridad pública, sino todo lo contrario¹⁰⁰⁹.

Además de lo anterior, el camino escogido por la norma para permitir la expulsión de los ciudadanos comunitarios de larga duración genera un resultado absolutamente paradójico. El empleo de la lógica del *Derecho Penal de enemigo* sirve para alcanzar un estándar reforzado de expulsión conforme al Derecho Europeo. Esto es, sólo se produce la expulsión de los ciudadanos europeos con residencia de larga duración, en caso de que cometan los delitos que se consideran más graves. Sin embargo, de manera simultánea, se provoca una importante contradicción con la lógica penal que ya advertimos al abordar los límites temporales que el artículo 89 CP selecciona. Como entonces, se renuncia al ejercicio del *ius puniendi* justamente en los supuestos que por un mínimo sentido de justicia reclaman lo contrario¹⁰¹⁰. Aspecto en el que además, la reforma destaca por la irresponsabilidad e insolidaridad que destila respecto de aquellas sociedades a las que se expulsa a sujetos que han cometido los delitos que se consideran más graves y en los que, en palabras de la misma, concurre riesgo grave de que vuelvan a cometerlos [letra a) del párrafo 3, art. 89.4 CP]¹⁰¹¹.

Finalmente, la nueva regulación supone un importante aumento del impacto del Derecho de Extranjería en el medio penitenciario. A pesar del interés desmedido del artículo 89 CP por facilitar las expulsiones, ya hemos visto que no han logrado evitar que los extranjeros pasen a ser internos en centros penitenciarios. El rechazo de la filosofía de base de esta norma por un importante número de operadores jurídicos y la falta de ejecución de parte de las expulsiones acordadas aparecen como principal motivo para ello. Por tanto, y a no ser que el nuevo artículo 89 CP se aplique de manera radicalmente opuesta a sus predecesores, aumentará el número de internos expulsables afectados por esta antinomia entre la LOGP y la LOE.

¹⁰⁰⁹ RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, p. 830.

¹⁰¹⁰ IGLESIAS RÍO, M. A., «La expulsión de extranjeros», en QUINTERO OLIVARES, G., 2015, p. 183.

¹⁰¹¹ Idéntica irresponsabilidad se aprecia en relación al artículo 108 CP que determina, de forma paralela al artículo 89 CP aunque sólo para los extranjeros no regulares –finalmente no fue afectado por la reforma–, la sustitución de las medidas de seguridad impuestas por la expulsión del territorio nacional. El Legislador renuncia a la ejecución de una medida terapéutica que el extranjero necesita, dada la peligrosidad que se le supone (art. 95.1, 2.º CP sobre los requisitos para la imposición de las medidas de seguridad), y le concede la libertad plena, asegurándose que la misma no se va a ejercer en nuestro país. Esto es, se desentiende de que el riesgo de repetición delictiva se materialice en otro contexto geográfico. RECIO JUÁREZ, M., *Diario La Ley*, 2015, pp. 11-12 analiza el régimen de expulsión relativo a las medidas de seguridad, destacando su divergencia con los cambios experimentados por el artículo 89 CP.

3.3 Otros aspectos relevantes que no pueden pasar desapercibidos

Si bien los aspectos ya tratados son a nuestro juicio los más importantes, hay otros más sutiles, pero no por ello menos relevantes en las consecuencias jurídicas que despliegan.

En primer lugar, aumenta considerablemente la discrecionalidad del Juez en la determinación de la parte de la condena a cumplir, especialmente en cuanto a las condenas de más de cinco años¹⁰¹². Ello con importantes consecuencias en cuanto a la seguridad jurídica y el principio de igualdad¹⁰¹³, que inciden en el ámbito penitenciario. Como apunta Recio Juárez: «Al eliminarse el límite de los tres cuartos de la pena a que hacía referencia el derogado artículo 89.5 CP, y dejar al arbitrio del juzgador el *quantum* de la parte de pena que se ha de cumplir en el supuesto de sustitución parcial del artículo 89.2 CP, y ampliar el margen de discrecionalidad en el segundo párrafo del artículo 89.1 CP, creemos que se enfatiza el carácter ambivalente de la gravosidad de la expulsión sustitutiva, lógicamente según se decida aplicar una vez se cumpla gran parte de la pena, o se adelante su ejecución»¹⁰¹⁴. Es decir, ampliando el ámbito libre de la decisión judicial, se acentúa la desigualdad entre los diferentes supuestos de hecho. De modo que, mientras que para un interno extranjero el cumplimiento de la condena y la posterior expulsión pueda resultar excesivamente gravoso, puede serlo mucho menos para otro. Aspecto que se agrava si tenemos en cuenta que los criterios valorativos que instaure el artículo 89 CP –asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida– son del todo indeterminados¹⁰¹⁵.

¹⁰¹² De manera crítica con este aspecto, MUÑOZ RUIZ, J., *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2014, señala que: «Con dicho tenor, resulta cuanto menos exacerbada la potestad judicial no tanto en lo que concierne a la decisión misma de la sustitución de la pena por la expulsión, como en que se deje a la sola discrecionalidad judicial el determinar la duración y condiciones de la sustitución parcial cuando las penas de prisión exceden de cinco años.» En el mismo sentido, IGLESIAS RÍO, M. A., «La expulsión de extranjeros», en QUINTERO OLIVARES, G., 2015, p. 178. El propio CGPJ en su Informe al Anteproyecto de la LO 1/2015 de reforma del CP, ob., cit., pp. 116-117, señalaba como mejor opción que: «se establezcan en la ley unos criterios seguros y previsibles sobre la parte de pena a cumplir, sin perjuicio de establecer ciertas flexibilizaciones o modulaciones en atención a las circunstancias personales del penado y particulares del hecho». IGLESIAS RÍO, M. A., «La expulsión de extranjeros», en QUINTERO OLIVARES, G., 2015, p. 178.

¹⁰¹³ LEGANÉS GÓMEZ, S., *Diario La Ley*, 2015 A, p. 13.

¹⁰¹⁴ RECIO JUÁREZ, M., *Diario La Ley*, 2015, p. 5.

¹⁰¹⁵ LEGANÉS GÓMEZ, S., *Diario La Ley*, 2015 A, p. 5. Muy crítico con la indeterminación del nuevo art. 89 CP y las amplias potestades decisorias que otorga a la autoridad judicial, el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, ob. cit., pp. 72-74. En concreto, en su p. 73: «El sistema que proclama el artículo 88 del Anteproyecto –art. 89 de la reforma– parte de una confianza ciega en la unidad de criterio e infalibilidad judicial. Hasta tal punto es así que fundamenta el buen éxito del régimen instaurado en que el cúmulo de conceptos jurídicos indeterminados, valorativos y circunstanciales que incorpora el artículo 88, van a ser pacífica y uniformemente interpretados e integrados

En base a lo anterior, parte de la doctrina entiende que contar con un listado de delitos tasados respecto de los que no cabe la expulsión –el último apartado del art. 89 CP mantiene la exclusión de la expulsión para los delitos previstos en la anterior redacción normativa, a los que se suma el del artículo 177 bis CP sobre trata de seres humanos¹⁰¹⁶– casa mal con una norma tan abierta desde el punto de vista valorativo. Así: «Habida cuenta de la no univocidad afflictiva de la expulsión y de que el régimen jurídico de la expulsión permite al juez aplicarla o no en atención a la naturaleza del hecho, no deberían quedar estos delitos excluidos del régimen general de la sustitución pues dentro de dichas tipicidades podemos encontrar supuestos muy diversos, tanto en lo que atañe a las circunstancias que rodean al hecho como a las personales del autor, que deberían ser valoradas»¹⁰¹⁷.

Por otro lado, desde un punto de vista más procedimental pero con importantes incidencias en los derechos de tutela efectiva de los afectados, la redacción actual pone especial interés en que la resolución de expulsión se tome cuanto antes. De hecho, el apartado 3 del artículo 89 CP parece no querer dejar mucho margen al respecto. De acuerdo con el mismo: «El juez o tribunal resolverá en sentencia sobre la sustitución de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia al Fiscal y a las demás partes, sobre la concesión o no de la sustitución de la ejecución de

por todos los jueces y tribunales de España. Nosotros no lo creemos así. Dada la propia naturaleza y contenido del juicio sustitutivo (evidentemente circunstancial) y la ampliación de su aplicación a las penas inferiores a los seis años de prisión, resultará en extremo dificultoso elaborar una doctrina pacífica por vía de los correspondientes recursos. La experiencia acredita que los supuestos realmente conflictivos en toda esta materia tienen que ver precisamente con los criterios valorativos de conceptos indeterminados o circunstancias no perfectamente delimitadas por la ley».

¹⁰¹⁶ En concreto: «1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la capture, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes: a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad. b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía. c) La explotación para realizar actividades delictivas. d) La extracción de sus órganos corporales. e) La celebración de matrimonios forzados. Existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso; 2. Aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se llevara a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación (...)».

¹⁰¹⁷ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., «Top manta, ayuda a la inmigración y irregular y expulsión de extranjeros: la reforma de los artículos 270 y 274, 311 bis, 318 bis, 89 y 108 CP», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., ANTÓN BOIX, J. R., 2014, p. 96. Profundiza en el listado de delitos seleccionados y la problemática que plantean, MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, p. 150.

la pena». Esta es una pretensión aparentemente beneficiosa, tendente al logro de una mayor eficacia procedimental, pero con resultados no tan deseables desde el punto de vista de los derechos de los afectados. Tal y como refirió el Consejo Fiscal al respecto:

«Hemos de reseñar igualmente que el artículo 88 del Anteproyecto –89 de la reforma– omite la actual referencia expresa a la posibilidad de proceder a la decisión sustitutiva tanto en sentencia como en auto posterior, con lo que se vuelven a introducir elementos de confusión extraordinariamente relevantes en la práctica: procedimiento y prueba de los hechos personales o de la situación de arraigo alegados por el afectado (significadamente en el caso de los juicios rápidos y de enjuiciamiento inmediato); acreditación de hallarse encartado (juicios pendientes o en tramitación por otros juzgados y otras provincias) o incluso, condenado por otras causas; control y corrección de la conformidad con la pena y expulsión sin acreditarse la existencia de otras condenas o procedimientos abiertos que la imposibilitarían; posibilidad de decidirse por el juez de ejecutorias; posibilidad de cambio de criterio por cambio de las circunstancias en los casos de condenas de larga duración; valoración de la imposibilidad (física o jurídica de la expulsión); etc.»¹⁰¹⁸.

Pero además, estas prisas por resolver sobre la expulsión del penado se manifiestan en el olvido de dos aspectos jurídicamente necesarios que el propio artículo 89 CP pasa por alto. En concreto, los parámetros que exigió el TS en su Sentencia de 8 de mayo de 2004 que se recogen en la nueva redacción de manera mucho menos obvia. A diferencia de la versión dada por LO 5/2010, el artículo 89 CP de la LO 1/2015 no establece nada expreso en cuanto a la preceptiva audiencia del extranjero penado¹⁰¹⁹ y la necesidad de que la resolución de expulsión se encuentre suficientemente motivada¹⁰²⁰. Ante esta situación, la doctrina entiende que la referencia del apartado 3 a la audiencia de las demás partes incluye la obligación de dar audiencia al penado en todo caso¹⁰²¹.

¹⁰¹⁸ Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, ob. cit., p. 74. Destacan esta complejidad y el mayor acierto de la anterior redacción, NISTAL BURÓN, J., «Los fines de la política criminal (...)», *Diario La Ley*, 2013, p. 10; RECIO JUÁREZ, M., *Diario La Ley*, 2015, p. 9.

¹⁰¹⁹ RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, p. 821.

¹⁰²⁰ IGLESIAS RÍO, M. A., «La expulsión de extranjeros», en QUINTERO OLIVARES, G., 2015, p. 179; RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, p. 823.

¹⁰²¹ RECIO JUÁREZ, M., *Diario La Ley*, 2015, pp. 8-9; LEGANÉS GÓMEZ, S., *Diario La Ley*, 2015 A, p. 7; CANO CUENCA, A., «Especial Consideración de la expulsión de los extranjeros. La sustitución de la pena por la expulsión», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., 2015, p. 372; RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, pp. 826-827. Sobre la importancia que adquiere este trámite de audiencia en relación a la ambivalencia de la norma, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., «Top manta, ayuda a la inmigración y irregular y expulsión de extranjeros: la reforma de los artículos 270 y 274, 311 bis, 318 bis, 89 y 108 CP» en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., ANTÓN BOIX, J. R., 2014, p. 92, «La expulsión posee una gran ambivalencia, es decir, según qué delito y según qué situaciones, puede suponer algo realmente ventajoso o, por el contrario, poseer un enorme

Ello, aunque en puridad sólo se mencione la audiencia de las demás partes en los casos en que la resolución se adopta con posterioridad a la sentencia. Y lo mismo respecto de la necesidad de motivación, que la doctrina infiere de la interpretación lógica del apartado 4 del artículo 89 CP, al impedir la expulsión en caso de concurrir arraigo u otras circunstancias en el infractor o en hecho cometido que conviertan la expulsión en desproporcionada¹⁰²². Como decimos, aspectos jurídicamente relevantes respecto de los que merecen una presencia más destacada en la norma.

Finalmente, y a pesar de que ya fue duramente criticada en la Circular 5/2011 de la Fiscalía General del Estado tras su introducción por LO 5/2010, el apartado 8 del art.89 CP mantiene la previsión del anterior apartado 6 y permite el internamiento en Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE) de aquellos extranjeros que fueran a ser expulsados y no se encontrasen privados de libertad. La medida plantea importantes problemas jurídicos y ha sido duramente criticada¹⁰²³. Tal y como refería la mencionada Circular: «Los Centros de Internamiento de Extranjeros no sólo carecen de medidas de seguridad adecuadas y personal cualificado, sino que también puede alterarse su régimen normalizado de funcionamiento por la necesidad de separar los internos que han cometido una mera infracción administrativa de aquellos condenados en sentencia penal»¹⁰²⁴. A su vez, a pesar de que trae origen en una medida penal, la ejecución del internamiento en un CIE se realiza bajo las indicaciones de la normativa administrativa¹⁰²⁵, de manera que no se prevé ningún tipo de convalidación del tiempo que se hubiera estado internado en el CIE en el caso no tan hipotético de que la expulsión no llegara a ejecutarse¹⁰²⁶. La nueva regulación da por bueno lo que la Circular de la Fiscalía critica. Sin embargo, supone una

contenido afflictivo y resultar desproporcionada. Por ello, tanto en los supuestos de sustitución total como parcial, el Juez o Tribunal debería oír al reo antes de decretar su expulsión».

¹⁰²² RECIO JUÁREZ, M., *Diario La Ley*, 2015, p. 9; LEGANÉS GÓMEZ, S., *Diario La Ley*, 2015 A, pp. 6-7; ambos de acuerdo con el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, ob. cit., p. 75.

¹⁰²³ LEGANÉS GÓMEZ, S., *Diario La Ley*, 2015 A, pp. 11-12; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Comentario al Código Penal. Actualizado por LO 5/2010, de 22 de junio*, La Ley Actualidad, Madrid, 2010, p. 271; VELÁZQUEZ VIOQUE, D., «Expulsión de extranjeros no residentes legalmente en España», en ORTIZ DE URBINA, I. (Coord.), *Memento Experto Reforma Penal*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2010, p. 688; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., «Artículo 89», en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 503; CUGAT MAURI, M., «La desaprovechada reforma de la expulsión de extranjeros», en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi, Navarra, 2010, p. 105; MUÑOZ RUIZ, J., *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2014, p. 37; RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, pp. 834-835.

¹⁰²⁴ Circular 5/2011 Fiscalía General del Estado, pp. 104 y 105.

¹⁰²⁵ Se trata de un internamiento de como máximo 60 días (art. 65 LOE), con los fines y garantías administrativos específicamente señalados por la LOE.

¹⁰²⁶ Informe del CGPJ al Anteproyecto de la LO 1/2015 de reforma del CP, ob. cit., p. 117.

oportunidad perdida para al menos, dotar de cierta equidad a las consecuencias jurídicas de la realidad que permite.

4. LA COMPLEJIDAD DEL RÉGIMEN TRANSITORIO

La Instrucción 4/2015, dado el historial de fricción jurídica que ha acompañado a sus anteriores versiones, es cauta en relación a la forma de aplicar el nuevo artículo 89 CP. De hecho, el punto 2 de su apartado II que establece las indicaciones concretas para la sustitución de la ejecución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional¹⁰²⁷, se expresa en los siguientes términos: «Dada la complejidad regulatoria del nuevo texto del artículo 89 CP, establecer un procedimiento de actuación exigiría disponer de información sobre aplicación judicial, jurisprudencia y doctrina relativa a este precepto reformado». De ahí que sólo se atreva a determinar la forma de proceder en los Centros Penitenciarios «de forma provisional, en cuanto se procede a elaborar una nueva Instrucción de Extranjería».

Siguiendo sus pautas¹⁰²⁸ para los penados extranjeros condenados conforme al CP anterior, se mantienen las previsiones que vimos que establecía la Instrucción 21/2011, distinguiendo la necesidad de consentimiento del penado según los hechos motivo de la condena fueran anteriores o posteriores a la entrada en vigor de la LO 5/2010. Para los nuevos supuestos, los extranjeros que resulten condenados conforme al nuevo art. 89 CP, la Instrucción distingue dos supuestos. En concreto:

«a) Cuando el Juez o el Tribunal acuerde el cumplimiento de una parte de la pena y la sustitución del resto por expulsión a la fecha de dicho cumplimiento o al acceder al tercer grado o la libertad condicional, se actuará conforme al apartado 2.1.3.º de la Instrucción 18/2005, sobre normas relativas a internos extranjeros, entendiendo que se trata tanto de penas superiores a cinco años como inferiores y tanto del cumplimiento de las tres cuartas partes como del cumplimiento de cualquier parte de la condena que se haya determinado.

b) Cuando el Juez o el Tribunal acuerde el cumplimiento de una parte de la pena y la sustitución del resto por expulsión a la fecha de dicho cumplimiento, sin mencionar expresamente la sustitución al tercer grado o a la concesión de la libertad condicional, para el caso de que el penado acceda a con anterioridad a esa fecha a una de estas circunstancias se comunicará al Tribunal Sentenciador a los efectos oportunos».

¹⁰²⁷ Instrucción 4/2015, ob. cit., pp. 3-4.

¹⁰²⁸ Se resume en FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, pp. 958-959.

Es decir, para ambos casos, y teniendo en cuenta la referencia a la Instrucción 18/2005, la nueva Instrucción determina la obligación de la Administración Penitenciaria de dirigirse al Tribunal sentenciador a efectos de la expulsión del penado, tanto en el momento en que se hubiera cumplido la parte de condena establecida, como para el momento de acceso al tercer grado o la libertad condicional. Esto último, con independencia de que la autoridad judicial hubiera hecho mención a ello en su resolución acerca de la expulsión, dado el carácter preceptivo del artículo 89 CP al respecto. En definitiva, respecto de los extranjeros penados bajo la LO 1/2015 se desempeñarán las mismas actuaciones administrativas que para aquellos que ya lo hubieran sido con posterioridad a la entrada en vigor de la LO 5/2010.

Como vemos, y no podía ser de otro modo dado el contenido del nuevo artículo 89 CP, las previsiones de la Instrucción consolidan la problemática existente hasta el momento en relación a los internos extranjeros condenados. Favorecer la expulsión se convierte en parámetro de actuación prioritario respecto de los mismos. De ahí que no deban extrañarnos situaciones como la que subyace al reciente AJP n.º 2 de Santander de 01.06.17 (Ej. 203/2015). En el mismo, y a instancias policiales, se decreta la expulsión de una interna vía artículo 89 CP al encontrarse la misma en tercer grado. Lo llamativo de la resolución es que la sentencia condenatoria del mismo juzgado no estableció en ningún momento la sustitución que ahora se aplica y, más relevante aún, que dicha interna se encontraba en tercer grado desde febrero de 2016. Esto es, en contra de los tiempos jurídicos que el propio art. 89 CP determina, se decreta una expulsión del todo extemporánea. El motivo de fondo que concurre para ello es que, siendo el fin último decretar la expulsión penal y dado que el acceso de la interna a la libertad condicional no estaba previsto, hecho que sí que hubiera dado pie a una resolución de expulsión acorde al artículo 89 CP, se toma el hecho previo del acceso al tercer grado, teniendo en cuenta año y medio después, una posibilidad que no se consideró en el momento de dicho acceso.

En otro orden de cosas, la Instrucción destaca el relevante papel de los Juristas respecto de los extranjeros penados conforme a la normativa anterior, señalando que:

«Por último, advertir de la necesidad de que los Juristas de los Establecimientos Penitenciarios respecto de la novedosa situación de los condenados a penas de entre uno y cinco años, cuando fueren internos extranjeros residentes legalmente en España, informen de la posibilidad de solicitar la revisión de su condena por considerar más beneficiosa la expulsión sustitutiva que la permanencia en España y el sometimiento a la pena impuesta, toda vez que con el nuevo

régimen cabe tal posibilidad, inviable antes de la reforma operada por LO 1/2015»¹⁰²⁹.

Finalmente, la nueva Instrucción 3/2019 sobre normas generales relativas a internos extranjeros, que sustituye a las anteriores, ha venido a armonizar la normativa descrita, tratando de aglutinar y actualizar la misma¹⁰³⁰. A continuación comentamos parte de su contenido en relación con una de las propuestas de mejora que realizamos.

5. UNA PROPUESTA DE SOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS SEÑALADOS

Prescindiendo de los avatares jurídicos y las múltiples reformas normativas que han afectado a los internos extranjeros, podríamos decir que se encuentran en una situación jurídica parecida a la que expusimos al inicio. La tensión normativa de la que nace la problemática que les afecta no se ha resuelto, sino todo lo contrario. Como refiere Recio Juárez:

«Al configurarse como regla general la expulsión sustitutiva, se siguen sacrificando los fines preventivos de la pena, a costa de no ejecutar las mismas, en pro del objetivo de aligerar de la presencia de presos extranjeros nuestro sistema penitenciario, y adelantar la salida del territorio nacional del extranjero condenado por la comisión de un delito»¹⁰³¹.

A la vez, las disfunciones prácticas que se derivan de todo ello no sólo no se han resuelto, sino que tienen visos de agravarse. Como refiere la doctrina, dada la amplitud valorativa de algunos de los parámetros que la reforma introduce, es muy posible que misma contribuya a disminuir las expulsiones penales a pesar de aumentar el ámbito subjetivo de extranjeros que el artículo 89 abarca¹⁰³². Con ello, previsiblemente, el número de expulsiones penales a ejecutar será menor, aumentando en consecuencia el número de extranjeros ex-

¹⁰²⁹ Instrucción 4/2015, ob. cit., pp. 3-4.

¹⁰³⁰ Instrucción 3/2019, Normas Generales para Internos Extranjeros, SG.II.PP.

¹⁰³¹ RECIO JUÁREZ, M., *Diario La Ley*, 2015, p. 7.

¹⁰³² Así lo señala RECIO JUÁREZ, M., *Diario La Ley*, 2015, p. 11, en cuanto a la valoración individualizada que el artículo 89.4 CP introduce. En el mismo sentido, NISTAL BURÓN, J., «El alcance en materia de expulsión judicial de la proyectada reforma del CP», *Diario La Ley*, n.º 8207, Sección Doctrina, 09.12.13, p. 5 refiere que: «Las mejoras que introduce el proyecto sobre el anteproyecto, son importantes de cara a impulsar el mecanismo de la expulsión judicial sin embargo, seguimos pensando que el ritmo de expulsiones judiciales, con esta proyectada reforma, puede descender, a pesar de que se amplíe el ámbito subjetivo de la expulsión judicial, al pasar la posibilidad de la expulsión de extranjero no residente legalmente en España a ciudadano extranjero (...)».

pulsables vía administrativa [arts. 53.1 a) y 57.2 LOE] que permanecen en España tras el cumplimiento de la condena.

La Extranjería es una materia compleja respecto de la que probablemente no caben posturas de máximos. Su regulación es siempre es difícil y requiere de una visión global ¹⁰³³. Dicho lo cual, la completa supeditación de la política criminal y penitenciaria a la propia de este ámbito, resulta poco acertada, no sólo por lo que supone en cuanto a las respectivas finalidades de las anteriores, tanto la persecución penal, como el cumplimiento de condena, sino por el importante compromiso que implica para los principios básicos de nuestro ordenamiento y las situaciones de injusticia material que genera. Aspectos ambos destacados por nuestros máximos tribunales. Como acertadamente apunta Mapelli Caffarena:

«La política criminal frente a los extranjeros delincuentes –o, presuntamente delincuentes– no puede girar en torno a la expulsión radical, sino es a costa de un grave quebranto de las garantías y de la propia seguridad de la sociedad» ¹⁰³⁴.

Sin embargo, como hemos visto, el comportamiento de las instituciones es en este punto ha sido irresponsable e insuficiente. Tanto el legislador como la Administración han jugado al gato y al ratón con la jurisprudencia que sigue recordando la necesidad de cumplir con garantías jurídicas que intencionadamente se olvidan. A la vez, los mecanismos de solución que se han propuesto desde la Administración no han servido para la resolución definitiva de un problema básico al que se enfrenta, dejando la responsabilidad última de la toma de decisiones en manos de los Equipos Técnicos y las Juntas de Tratamiento que tienen dos opciones: trabajar en pos de lo que constitucionalmente es el objeto de su función pública, interpretando de manera más que laxa las instrucciones emitidas respecto de los extranjeros; o cumplir con las mismas de manera estricta abocando a los mismos a un cumplimiento de condena al margen de cualquier itinerario de reinserción.

Ante la complejidad que hemos expuesto, la solución a nuestro entender, pasa por una armonización de las normas implicadas en el sentido que a continuación se expone.

En primer lugar, tal y como recoge la nueva Instrucción 3/2019 sobre internos extranjeros ¹⁰³⁵, es necesario recuperar la vigencia del Acuerdo del

¹⁰³³ SOLAR CALVO, P., «Perspectivas Europeas ante la inmigración ilegal», *RUE*, n.º 11-12, 2015, pp. 61-71.

¹⁰³⁴ MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, pp. 150-151.

¹⁰³⁵ Instrucción 3/2019, ob. cit., p. 22.

Consejo de Ministros de 1 de julio de 2005 para la regularización administrativa de los internos a efectos de trabajo durante el cumplimiento de la condena, aún considerado por algunas Delegaciones y Subdelegaciones de Gobierno ¹⁰³⁶, pero en pleno proceso de extinción dada la política actual en la materia. Lo anterior aplicado no sólo a la regularización que permite a los internos trabajar en los talleres productivos de un centro penitenciario, sino incluyendo también la regularización necesaria para que puedan trabajar durante el tercer grado y el periodo de libertad condicional. Sólo de este modo es posible garantizar el acceso de los extranjeros irregulares a la dinámica de reinserción durante el tiempo de cumplimiento.

En segundo lugar, para el tiempo posterior al cumplimiento, se propone dar auténtica relevancia normativa al pronóstico de inserción social que se emite en el momento del acceso a la libertad condicional (art. 67 LOGP). De tal manera que, de ser este pronóstico favorable, el mismo se tenga en cuenta en los procesos de regularización administrativa de los internos extranjeros una vez cumplida la condena ¹⁰³⁷. De este modo, se daría una solución a la situación de expulsabilidad en la que actualmente se encuentran los internos extranjeros con arraigo en España, que permanecen en nuestro país tras el cumplimiento. A la par, la labor que los Equipos Técnicos hubieran desarrollado teniendo en cuenta el arraigo del extranjero en nuestro país, adquiriría pleno sentido una vez accediera a la libertad. En definitiva, se erradicarían supuestos típicos hoy en día, que ejemplifican de manera muy significativa la situación que venimos denunciando. En concreto, el caso de internos extranjeros irregulares que, teniendo arraigo en nuestro país, acceden de forma paulatina a mayores cotas de libertad durante el cumplimiento de la condena; cumplen con las condiciones que se les imponen durante los permisos; acceden incluso al estatus regular durante su estancia en tercer grado y libertad condicional por aplicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 2005; pero que, una vez se produce su libertad definitiva, no pueden culminar el proceso de

¹⁰³⁶ Subdelegaciones de Gobierno como las de Castilla León, País Vasco y Madrid son bastante proclives a conceder estas autorizaciones de trabajo temporal. Ejemplo de ello, la Resolución de la Delegada de Gobierno de Madrid de 30.05.17 que autoriza a trabajar por cuenta ajena a un interno en tercer grado.

¹⁰³⁷ Idéntica propuesta en ORTIZ GONZÁLEZ, A. L., «Prisión, Extranjería, Reeducción y Reinserción: Realidades difíciles de hacer compatibles», (Comentario sobre el Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de julio de 2005, relativo al procedimiento para autorizar actividades laborales a penados extranjeros en régimen abierto o en libertad condicional), *CDP*, n.º 16, 2008, pp. 24-29; SOLAR CALVO, P., *Revista La Ley Penal*, 2010, p. 64 y «Régimen Penitenciario de Extranjeros (...)», *Legal Today*, 2015; ANDRÉS LASO, A., 2016, p. 402; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, p. 933.

integración llevado a cabo, al pasar a tener irremediamente el estatus administrativo de expulsables (arts. 53.1 a) y 57.2 LOE) ¹⁰³⁸.

La propuesta que realizamos no resulta tan descabellada si tenemos en cuenta las previsiones de la propia LOE y la nueva naturaleza que la libertad condicional parece adquirir tras la LO 1/2015. En este sentido, el artículo 31.7 a) LOE establece que para la renovación de la residencia temporal, se valorará la concurrencia de «antecedentes penales, considerando la existencia de indultos o las situaciones de remisión condicional de la pena o la suspensión de la pena privativa de libertad». Por ello, dado que la libertad condicional se transforma en suspensión de condena, parece que es la propia LOE la que invita a que un periodo de libertad condicional satisfactorio, con cumplimiento de las condiciones impuestas y sin comisión de nuevo delito, pueda tenerse en cuenta a efectos de regularización administrativa. De manera que, una vez se remita la condena definitivamente por haberse satisfecho las medidas impuestas durante la libertad condicional, se considere que efectivamente concurre el pronóstico de inserción favorable emitido y éste se dé por bueno a efectos de regularización.

Por último, y ante las dificultades de proponer indultos relativos a los antecedentes penales ¹⁰³⁹, pensamos en la posibilidad de indultos penales o penitenciarios (art. 206 RP) del tiempo legalmente requerido para la cancelación de dichos antecedentes. La base normativa para ello es la misma que la de la anterior propuesta, el artículo 31.7 a) LOE y la importancia que otorga al mecanismo del indulto. Sin duda, aunque seguiría siendo complicado obtener la regularización generalizada de los extranjeros que hubieran cumplido condena en términos satisfactorios desde el punto de vista de su reinserción social, esta propuesta ayudaría a conseguir la renovación de las autorizaciones de regularización de aquellos internos que ya hubieran contado con alguna carta de regularización.

Las propuestas descritas, vinculadas a la necesaria individualización del tratamiento, permitirían una lectura constitucional no sólo de la normativa penitenciaria que se ve intensamente afectada por la situación descrita, sino también de la normativa de extranjería. La idea general que subyace a todas ellas consiste en apostar por el estudio individualizado de la situación de los internos extranjeros. De modo que, contando con una normativa suficientemente flexible se evite el automatismo que se ha impuesto en la actualidad en pos de

¹⁰³⁸ AAJVP de Cantabria de 25.02.16 y 20.11.17 y AAP Santander Secc. 1.ª de 22.09.17 (Expediente n.º 454/17).

¹⁰³⁹ La STS 165/2012, de 20.02.13, pone en cuestión esta posibilidad.

la expulsión. Con ello la labor penitenciaria tendría mayor margen de actuación para recuperar los cauces propios de su actividad y se disminuiría la *cuarta criminalidad* que el propio sistema actual paradójicamente crea ¹⁰⁴⁰.

Sin embargo, la última reforma penal llevada a cabo no nos da muchas esperanzas sobre un posible cambio en el sentido que reclamamos. El texto resultante de la misma continúa la senda iniciada por sus predecesores, abogando con más ahínco por la ejecución de expulsiones penales a costa de la potestad punitiva del Estado. Para ello, elimina límites que hasta el momento eran incuestionables, especialmente, el consistente en la situación de regularidad administrativa del extranjero condenado, e insiste en la desnaturalización de instituciones penitenciarias básicas como el tercer grado y la libertad condicional.

¹⁰⁴⁰ ARIAS SENSO, M., *La Ley*, 2005; DE GENOVA, N., *Annual review of anthropology*, 2002, p. 427.

CAPÍTULO VII

EL REGRESO DE LA VÍCTIMA EN LA LEY 4/2015

1. BREVE DESCRIPCIÓN DE LA EVOLUCIÓN NORMATIVA SOBRE LA FIGURA DE LA VÍCTIMA

La exposición de los mecanismos que, regulados al margen del sistema de individualización científica, influyen en el mismo de manera decisiva, requiere que estudiemos la presencia de la víctima en la ejecución de la condena y el mayor protagonismo que paulatinamente ha ido asumiendo en estos últimos años ¹⁰⁴¹. En contra de los principios del Derecho Penal Clásico, la figura

¹⁰⁴¹ Sobre la figura de la víctima de modo más general, destacan los estudios de TAMARIT SUMALLA J. M., *La reparación a la víctima en el derecho penal (Estudio y crítica de las nuevas tendencias político-criminales)*, Ed. Fundación Jaume Callís, Barcelona, 1994, *La víctima en el Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1998, y «La victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas» en BACA BALDOMERO, E., ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E., TAMARIT SUMALLA, J. M., (Coords.), *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 17-50. Recientemente, el mismo autor, con PEREDA BELTRÁN, N., 2013, y *La respuesta de la Victimología ante las nuevas formas de victimización*, Edisofer, Madrid, 2014, donde realizan un análisis actualizado de la figura de la víctima desde un punto de vista conceptual amplio –incluye víctimas de instituciones totales–. Igualmente, véase SANGRADOR GARCÍA, J. L., «La victimología y el sistema jurídico penal», en CLEMENTE DÍAZ, M., JIMÉNEZ BURILLO, F. (Coords.), *Psicología social y sistema penal*, Alianza Universidad, Madrid, 1986, pp. 61-90; LARRAURI PIJOAN, E., «Victimología: ¿Quiénes son las víctimas? ¿Cuáles sus derechos? ¿Cuáles sus necesidades?», *Jueces para la democracia*, n.º 15, 1992, pp. 21-31; HERRERA MORENO, M., *La hora de la víctima. Compendio de Victimología*, Eder-sa, Madrid, 1996; LANDROVE DÍAZ, G., *La moderna Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, 4.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; JANKELE-VITCH, V., *El perdón*, Seix Barral, Barcelona, 1999; NOREÑA SALTO, J. R., «La víctima y los derechos fundamentales. Referencia a la jurisprudencia del TEDH y del Tribunal Constitucional sobre la misma», *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000; BERISTAIN IPIÑA, A., *Victimología. Nueve palabras clave*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; TOHARIA CORTÉS, J. J., *La imagen ciudadana de la Justicia*, Fundación BBVA, Bilbao, 2003; GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J., *Curso de Victimología y Asistencia a las Víctimas en el Proceso Penal*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2006; SANZ HERMIDA, A. M.^a, *Víctimas de delitos: derechos, protección y asistencia*, Iustel, Madrid,

del perjudicado por el delito se ha convertido en sujeto central del proceso penal y penitenciario. Así, si el Derecho Penal Clásico se configura a la par que el castigo se arranca de la esfera privada de los ofendidos y se institucionaliza como respuesta estatal frente al delito, se aprecia en la actualidad un regreso a etapas anteriores en las que la perspectiva de la víctima toma una importancia decisiva. De hecho, Cancio Meliá destaca como una de las causas de la expansión del Derecho Penal, el que la víctima ocupe una posición prevalente en el mismo. En concreto:

«En primer lugar, cabe constatar que la percepción social de los sucesos delictivos se reduce progresivamente a la perspectiva de la víctima. En vez de una percepción más o menos compleja del delito como conflicto social, éste se ve exclusivamente como daño voluntariamente producido en los bienes de otro –con independencia de que muchos de los sectores de la expansión no conozcan víctimas concretas–, cuyo coste debe ser soportado exclusivamente por el infractor. (...) Cualquier análisis superficial de la comunicación acerca de los fenómenos criminales muestra que ésta se centra en la actualidad –como ha advertido con especial claridad Silva Sánchez–, progresivamente, en la perspectiva de la víctima. En el tratamiento de los sucesos acaecidos (víctima concreta) en los medios de comunicación, y en el discurso político-criminal activista en el que se adopta la posición –compartida por casi toda la población– de posible víctima, de víctima potencial. El ejemplo más acabado de este proceso, con una movilización social autónoma más que notable, hay que verlo en *el movimiento de defensa de los derechos de las víctimas* en los EE.UU., que ha tenido una influencia decisiva en la adopción de reglas de *three strikes* en muchos estados. Parece claro cuál es el sesgo que toma tal reducción unilateral de la perspectiva acerca del delito: la absolutización de la prevención fáctica; la víctima (potencial) –definida sólo como tal– lo que desea es no llegar a serlo»¹⁰⁴².

1.1 Regulación del estatus de la víctima antes de 2015

Hasta las reformas introducidas durante el 2015, destacaban en nuestra Legislación dos ámbitos de regulación respecto de la víctima.

2009; MARCHIORI, H., *Criminología. La víctima del delito*, Porrúa, Méjico, 2009. Específicamente, para las víctimas de delincuencia terrorista, CASTAÑÓN ÁLVAREZ, M. J., *Víctimas del terrorismo: Protección y Tutela*, Comares, Granada, 2013.

¹⁰⁴² CANCIO MELIÁ, M., «Principios del Derecho Penal (III)», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., 2015, pp. 158-159. Igualmente, sobre la politización de la víctima y su utilización para justificar el endurecimiento de las sanciones penales, TAMARIT SIMALLA, J. M., «Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad», *Indret*, n.º 1, 2013, pp. 16-18; BUSTOS RAMÍREZ, J., LARRAURI PIJOAN, E., *Victimología: presente y futuro (Hacia un sistema de penas alternativas)*, ed. PPU, Barcelona, 1993, p. 94.

De un lado, las normas que tratan de ayudas y medios de protección concretos y referidos a determinados delitos¹⁰⁴³. Entre ellas, la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (desarrollada por el Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo); la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo; y la destacada LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que no sólo supuso la introducción de delitos específicos vinculados a la violencia de género –y de las medidas alternativas vinculados a los mismos–, sino toda una batería de medidas de protección especialmente previstas para las víctimas, desde prohibiciones de acercamiento incluidas en el CP como pena, hasta ayudas laborales y económicas a activar desde la presentación de la denuncia¹⁰⁴⁴.

De otro lado, la inclusión indirecta y no siempre acertada de la figura de la víctima en procedimientos eminentemente penitenciarios. Especialmente, a través de la LO 7/2003, que recuérdese, introduce el abono de la responsabilidad civil y la petición de perdón como requisitos de acceso al tercer grado (arts. 72.5 y 6 LOGP, respectivamente), y la audiencia de «las demás partes» como fase del procedimiento para el levantamiento del periodo de seguridad del artículo 36.2 CP¹⁰⁴⁵.

El año 2015 supone un punto de inflexión en esta situación¹⁰⁴⁶. A lo largo del mismo se ha promulgado una batería de medidas legislativas que pretende dar un tratamiento integral y completo a la víctima del delito. De entre ellas, destaca por su carácter omnicompreensivo la Ley 4/2015, de 27 de abril, del

¹⁰⁴³ Bajo el epígrafe «Las víctimas y sus Leyes», TAMARIT SUMALLA, J. M., *Indret*, 2013, pp. 20-23 analiza las más relevantes.

¹⁰⁴⁴ Una visión crítica sobre la aplicación práctica de las medidas de alejamiento, SOLAR CALVO, P., «Prohibición de Acercamiento: el papel de la Administración Penitenciaria», *Diario La Ley*, n.º 7554, Sección Doctrina, 25.01.11. Sobre la situación anterior a la entrada en vigor de la ley, MAGRO SERVET, V., «Los nuevos instrumentos legales contra la violencia doméstica», *Diario La Ley*, n.º 5914, Sección Doctrina, 16.12.03.

¹⁰⁴⁵ LÓPEZ CERRADA, V. M., *REP*, 2006, pp. 84-85, repasa las ayudas económicas y asistenciales que recibían las víctimas con carácter previo a la LO 7/2003.

¹⁰⁴⁶ Sobre esta evolución, TARDÓN OLMOS, M., «El Estatuto Jurídico de la Víctima», *Cuadernos de pensamiento político FAES*, n.º 19, 2008; MAGRO SERVET, V., «El nuevo estatuto de la víctima en el proceso penal», *Revista jurídica española la Ley*, vol. 5, n.º 7495, octubre 2010, pp. 1446-1455; GARCÍA RODRÍGUEZ, M., J., «Hacia un nuevo protagonismo de las víctimas en el proceso penal español», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 35, Enero de 2015; PLASENCIA DOMÍNGUEZ, N., «Participación de la víctima en la ejecución de las penas privativas de libertad», *Diario La Ley*, n.º 8683, Sección Doctrina, 18.01.16; LEGANÉS GÓMEZ, S., «La víctima del delito en la ejecución penitenciaria», *Diario La Ley*, n.º 8619, Sección Doctrina, 06.10.15. Así mismo, un estudio actualizado sobre su situación jurídica, GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J., *La protección jurídica de la víctima en el sistema penal español*, Tesis dirigida por MAPELLI CAFFARENA, B., Universidad de Sevilla, 2015.

Estatuto de la Víctima del delito. Pero también, la última reforma del CP que vincula la mediación a la suspensión de la condena y amplía considerablemente los supuestos de participación de la víctima en la adopción de resoluciones penitenciarias. Si hasta este momento se criticaba la normativa sobre la víctima por su incapacidad para otorgarle un lugar relevante en las diferentes fases de enjuiciamiento y ejecución penal¹⁰⁴⁷, la realidad que la nueva normativa dibuja sobredimensiona su presencia, situándose en el extremo contrario¹⁰⁴⁸. Pero antes de realizar una valoración al respecto, veamos cuáles son los principales cambios que se producen.

1.2 La víctima en la LO 1/2015: su papel en la suspensión de la condena y en la ejecución penitenciaria

1.2.1 LA MEDIACIÓN COMO CONDICIÓN PARA LA SUSPENSIÓN DE LA CONDENA

La LO 1/2015 introduce por primera vez la posibilidad de llevar a cabo un procedimiento de mediación en el proceso penal. La misma se regula, junto con la multa y los trabajos en beneficio de la comunidad, como prestación o medida cuya satisfacción puede o debe –en el supuesto privilegiado de suspensión del artículo 80.3 CP su imposición resulta obligatoria– condicionar la concesión de la suspensión de la condena. Es decir, aparece junto con los mecanismos tradicionales de sustitución de la condena que pasan a considerarse, junto con la libertad condicional que antes vimos, una modalidad de suspensión¹⁰⁴⁹.

¹⁰⁴⁷ Como apunta LÓPEZ CERRADA, V. M., *REP*, 2006, p. 80, «desde que el Estado asumió la potestad del *ius puniendi*, la víctima del delito fue pasando a un segundo plano, mientras que el lugar preponderante, y casi de forma exclusiva, lo ocupó el autor del delito y sus derechos. De esta forma las leyes penales alumbradas por el sistema liberal, se fueron ocupando de garantizar y proteger todos los derechos y prerrogativas del infractor, en perjuicio, o al menos, con olvido y abandono de aquellos que padecían las consecuencias de la infracción».

¹⁰⁴⁸ SUBJANA ZUNZUNEGUI, I.J., *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento*, Comares, Granada, 2006.

¹⁰⁴⁹ Expone un análisis crítico sobre la nueva regulación, MENDOZA BUERGO, B., «La determinación de la pena, las instituciones individualizadoras y los sustitutivos de las penas privativas de libertad», en LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A., 2015, pp. 352-376. Más en general, sobre el concepto de mediación y los diferentes posicionamientos entorno al mismo, LÓPEZ CERRADA, V. M., *REP*, 2006, pp. 81-84. A su vez, ALASTUEY DOBÓN, C., *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; DEL RÍO FERNÁNDEZ, L., «El reto de la Mediación Penal: El principio de oportunidad», *La Ley*, n.º 3, 2006, pp. 1957-1968; TAMARIT SUMALLA, J., M., «La articulación de la justicia restaurativa con el sistema de justicia penal», en TAMARIT SUMALLA, J. (Coord.), *La justicia restaurativa: desarrollo*

De acuerdo con el artículo 84.1 CP:

«El juez o tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas:

1.^a El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación.

2.^a El pago de una multa, cuya extensión determinarán el juez o tribunal en atención a las circunstancias del caso, que no podrá ser superior a la que resultase de aplicar dos cuotas de multa por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración.

3.^a La realización de trabajos en beneficio de la comunidad, especialmente cuando resulte adecuado como forma de reparación simbólica a la vista de las circunstancias del hecho y del autor. La duración de esta prestación de trabajos se determinará por el juez o tribunal en atención a las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de la que resulte de computar un día de trabajos por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración».

Por su parte, como adelantábamos, la mediación resulta obligatoria para poder acordarse la suspensión de la condena conforme al artículo 80.3 CP, esto es, casos en los que la suma de las penas impuestas es superior a dos años y/o no se ha abonado la responsabilidad civil. En concreto:

«Excepcionalmente, aunque no concurren las condiciones 1.^a y 2.^a del apartado anterior, y siempre que no se trate de reos habituales, podrá acordarse la suspensión de las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen. En estos casos, la suspensión se condicionará siempre a la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado conforme a sus posibilidades físicas y económicas, o al cumplimiento del acuerdo a que se refiere la medida 1.^a del artículo 84. Asimismo, se impondrá siempre una de las medidas a que se refieren los numerales 2.^a o 3.^a del mismo precepto, con una extensión que no podrá ser inferior a la que resulte de aplicar los criterios de conversión fijados en el mismo sobre un quinto de la pena impuesta».

Por tanto, la mediación se configura en la normal penal como una prestación que la autoridad judicial puede (art. 84.1 CP) o debe (art. 8.3 CP) imponer como requisito previo a la concesión de la suspensión de la condena.

y *aplicaciones*, Ed. Comares, Granada, 2012; BARONA VILAR, S., «El presente y futuro de la mediación entre autor y víctima en España», en TAMARIT SUMMALLA, J. M., 2010, pp. 229-354.

1.2.2 AMPLIACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN DE LA VÍCTIMA EN LA EJECUCIÓN PENITENCIARIA

La segunda novedad que introduce la LO 1/2015 en el CP, es menos vistosa que la anterior, pero más importante en cuanto al cambio de orientación que supone para la práctica penitenciaria. En concreto, aumenta la presencia de la víctima en la toma de decisiones penitenciarias que se adoptan a lo largo del cumplimiento de la condena¹⁰⁵⁰. Además de su participación en la vista previa a levantar el periodo de seguridad que ya contemplaba la LO 7/2003¹⁰⁵¹, la víctima tiene derecho a ser oída en el momento previo a la adopción de las siguientes resoluciones: concesión del tercer grado humanitario del artículo 36.3 CP¹⁰⁵², acuerdo de cómputo de los beneficios penitenciarios conforme al régimen general¹⁰⁵³, revocación o prórroga de la suspensión de la condena¹⁰⁵⁴, sustitución de la pena por expulsión penal del artículo 89.3 CP¹⁰⁵⁵, concesión de libertad condicional supercualificada del párrafo segundo del artículo 90.2¹⁰⁵⁶, y cumplimiento de medida de seguridad privativa de libertad o

¹⁰⁵⁰ Profundizan en ello, FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, pp. 1001-1018.

¹⁰⁵¹ Según el artículo 36.2 último párrafo: «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, salvo en los supuestos contenidos en el párrafo anterior».

¹⁰⁵² Conforme al mencionado precepto: «En todo caso, el tribunal o el juez de vigilancia penitenciaria, según corresponda, podrá acordar, previo informe del Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la progresión a tercer grado por motivos humanitarios y de dignidad personal de penados enfermos muy graves con padecimientos incurables y de los septuagenarios valorando, especialmente su escasa peligrosidad».

¹⁰⁵³ De acuerdo con el artículo 78.2 CP: «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».

¹⁰⁵⁴ Según el artículo 86.4 CP: «En todos los casos anteriores, el juez o tribunal resolverá después de haber oído al Fiscal y a las demás partes. Sin embargo, podrá revocar la suspensión de la ejecución de la pena y ordenar el ingreso inmediato del penado en prisión cuando resulte imprescindible para evitar el riesgo de reiteración delictiva, el riesgo de huida del penado o asegurar la protección de la víctima. El juez o tribunal podrá acordar la realización de las diligencias de comprobación que fueran necesarias y acordar la celebración de una vista oral cuando lo considere necesario para resolver».

¹⁰⁵⁵ Tal y como establece el artículo 89.3 CP: «El juez o tribunal resolverá en sentencia sobre la sustitución de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia al Fiscal y a las demás partes, sobre la concesión o no de la sustitución de la ejecución de la pena».

¹⁰⁵⁶ Así: «A propuesta de Instituciones Penitenciarias y previo informe del Ministerio Fiscal y de las demás partes, cumplidas las circunstancias de las letras a) y c) del apartado anterior, el juez de vigilancia penitenciaria podrá adelantar, una vez extinguida la mitad de la condena, la concesión de la libertad condicional en relación con el plazo previsto en el apartado anterior, hasta un máximo de noventa días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena. Esta medida requerirá que el penado haya desarrollado continuamente las actividades indicadas en la letra b) de este apartado y que acredite, ade-

medida de libertad vigilada tras finalizar el cumplimiento de la pena de prisión¹⁰⁵⁷.

Como vemos, se trata de una ampliación de la participación de la víctima en el procedimiento de ejecución penal de hondo calado, pues le otorga protagonismo en un número cada vez mayor de resoluciones penitenciarias. Sin embargo, a pesar de su relevancia, los cambios que introduce la LO 1/2015 en el Código Penal no son más que la antesala de lo que establece el Estatuto de la Víctima¹⁰⁵⁸.

1.3 Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima del delito

La Ley 4/2015, aprovechando la necesaria adaptación de nuestra normativa nacional a la comunitaria¹⁰⁵⁹ –Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea

más, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso».

¹⁰⁵⁷ De acuerdo con el artículo 98.3 CP: «En todo caso, el Juez o Tribunal sentenciador resolverá motivadamente a la vista de la propuesta o los informes a los que respectivamente se refieren los dos apartados anteriores, oída la propia persona sometida a la medida, así como el Ministerio Fiscal y las demás partes. Se oirá asimismo a las víctimas del delito que no estuvieren personadas cuando así lo hubieran solicitado al inicio o en cualquier momento de la ejecución de la sentencia y permanezcan localizables a tal efecto».

¹⁰⁵⁸ Resume su contenido GÓMEZ COLOMER, J.L., *Estatuto jurídico de la víctima del delito*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2014 y del mismo autor, «Los aspectos esenciales del proyectado estatuto jurídico de la víctima», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 37, 2015, pp. 181-220; VELA MOURIZ, A., «Las diez claves del Estatuto de la Víctima del Delito», *Diario La Ley*, 28.04.15; GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J., «Análisis del nuevo estatuto de la víctima del delito: retos y oportunidades», en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 38, 2015, pp. 23-61; TAMARIT SUMALLA, J. M. (Coord.) con SERRANO MASIP, M., VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El Estatuto de las Víctimas de delitos: comentarios a la Ley 4/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, pp. 1018-1039. Se centra en el nuevo papel de la víctima como sujeto activo de los recursos penitenciarios, CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 168-169. A su vez, destaca el análisis que realizan ÁLVAREZ CASTAÑÓN, M. J., SOLAR CALVO, P., «Estatuto de la Víctima: Consideraciones críticas a la nueva Ley 4/2015», *Diario La Ley*, n.º 8685, Sección Doctrina, 20.01.16, y que aúna consideraciones críticas desde la perspectiva victimológica y penitenciaria. Por su parte, restringido al plano penitenciario, SOLAR CALVO, P., «Incidencia Penitenciaria de la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima», *Legal Today*, 18.04.16.

¹⁰⁵⁹ Sobre la protección de la víctima en el ámbito de la UE, TAMARIT SUMALLA, J. M., «La política europea sobre las víctimas de delitos», en DE HOYOS SANCHO, M. (Dir.), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 31-48; GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J., «Marco jurídico y nuevos instrumentos para un sistema europeo de indemnización a las víctimas de delitos», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, n.º 1980-81, de 15 de enero de 2005, pp. 7-32; «Una aproximación a las políticas de protección y asistencia a las víctimas de delitos en el contexto europeo», en TAMARIT SUMALLA, J. M. (Coord.), *Estudios de Victimología. Actas del I Congreso Español de Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 121-144; «Nuevos progresos para garantizar la protección de las víctimas de delitos y sus derechos en el espacio judicial europeo», *La Ley Unión Europea*, n.º 14, 2014, pp. 47-58.

de protección; y Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, que sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo—, realiza una recopilación de los derechos que de manera dispersa protegían a las víctimas de determinados delitos, para ampliarlos y, en su mayoría, generalizarlos para todo tipo de delincuencia¹⁰⁶⁰. No obstante, como señala Castillejo Manzanares y vemos a continuación, se trata de una adaptación que va mucho más allá en reconocimiento de derechos a la víctima de lo que la normativa europea determina¹⁰⁶¹, especialmente en lo relativo a su participación en la ejecución de la condena¹⁰⁶².

En cuanto a su contenido, se divide en cinco títulos. El Título Preliminar (arts. 1-3) determina el ámbito objetivo y subjetivo de la norma con un concepto amplio de víctima del delito¹⁰⁶³. El Título I enumera los derechos básicos

¹⁰⁶⁰ Sobre la relación entre internacionalización normativa y la figura de la víctima, resulta interesante CANCIO MELIÁ, M., «Principios del Derecho Penal (III)», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., 2015, pp. 158-160, cuando apunta que: «Finalmente, entre las causas de la expansión hay que mencionar la existencia de influencias internacionales inexistentes hasta hace poco tiempo. El fenómeno de la globalización se manifiesta también en el mundo del Derecho, y ello no sólo en los segmentos de los ordenamientos que se ocupan de las relaciones comerciales internacionales, o en el plano del Derecho Internacional, sino que también llega a lo que puede parecer la esencia de la soberanía del Estado: el Derecho Penal. Este proceso de internacionalización se produce —y esto es lo que más llama la atención— sobre todo en dos ámbitos: por un lado, en el plano internacional, en la regulación de determinados sectores que materialmente forman parte de los fenómenos económicos de globalización (por ejemplo, el medio ambiente o el cohecho en transacciones internacionales); por otro, en lo que puede denominarse el plano supranacional —y de modo especialmente destacado, en el caso de la Unión Europea—, en el que la construcción de nuevas formas supranacionales de organización política plantea también —al menos— la necesidad (práctica, en términos de prevención y persecución penales) de armonización de los ordenamientos penales. Sin embargo, también se percibe —con menos claridad, más bien en el trasfondo— que no sólo es que haya materias que necesitan de una aproximación penal global, sino que es la política criminal la que se está globalizando. Empieza a existir una política criminal globalizada que opera con denominadores máximos comunes, en la que se consensuan —como muestran muchas de las Decisiones Marco de la Unión Europea relativas al Derecho Penal— entre los Estados sus demandas recíprocas de criminalización, y que por ello resulta expansiva».

¹⁰⁶¹ CASTILLEJO MANZANARES, R., «El estatuto de la víctima y las víctimas de violencia de género», *Diario La Ley*, n.º 8884, Sección Tribuna, 19.12.16, p. 5.

¹⁰⁶² MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «Estatuto de la víctima. Comentario a su regulación procesal penal», *Diario La Ley*, n.º 8351, Sección Doctrina, 10.07.14, p. 14; GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J., «El nuevo Estatuto de las víctimas del delito en el proceso penal según la Directiva Europea 2012/29/UE, de 25 de octubre, y su transposición al ordenamiento jurídico español», *RECPC*, n.º 18-24, 2016, pp. 51-52. Por su parte, GÓMEZ COLOMER, J. L., *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 2015, p. 204, señala que la posibilidad de recurso de la víctima se alinea más con las *Victim Impact Statements* norteamericanas, sólo que no se realizan en una vista oral, porque no está prevista, sino en un recurso escrito, y no influyen en la cuantía de la pena, porque ésta ya ha sido fijada en la sentencia, sino que pretenden tener incidencia en materia de beneficios penitenciarios; el mismo autor profundiza en el concepto en GÓMEZ COLOMER, J. L., 2014, pp. 104 y ss.

¹⁰⁶³ En concreto, según el artículo 2 del Estatuto: «Las disposiciones de esta Ley serán aplicables: a) Como víctima directa, a toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia

(arts. 4-10) y considera como tales el derecho a entender y ser entendida, el derecho a la información desde el primer contacto con las autoridades competentes, diferentes derechos que amparan a la víctima como denunciante, el derecho a recibir información sobre la causa penal, el derecho a un periodo de reflexión, el derecho a la traducción e interpretación, y el derecho al acceso a los servicios de asistencia y apoyo. Por su parte, el Título II concreta la participación de la víctima en el proceso penal (arts. 11-18), regula la misma desde un punto de vista activo e incluye el derecho a la comunicación y revisión del sobreseimiento a instancia de la víctima, la participación en el proceso de ejecución, el derecho al reembolso de los gastos, el derecho a la justicia restaurativa y la justicia gratuita y la devolución de los bienes, haciendo mención a los derechos que asisten a las víctimas de delitos cometidos en otros Estados de la UE. El Título III aborda la protección de las víctimas (arts. 19-26) y especifica los derechos a la protección, a evitar el contacto con el infractor, a la intimidad, a la evaluación individual de la situación a efectos de detección de supuestos de especial necesidad, además de las medidas de protección concretas a considerar durante el proceso penal y otras más específicas para menores y discapacitados. Por último, el Título IV se encarga de las disposiciones comunes (arts. 27-35), y regula la Oficina de Asistencia a Víctimas, ya existente para determinados delitos, pero cuyas competencias se generalizan. Finalmente, destacan la disposición final primera que aborda las modificaciones oportunas en la Ley

persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito. b) Como víctima indirecta, en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito, salvo que se tratase de los responsables de los hechos: 1.º A su cónyuge no separado legalmente o de hecho y a los hijos de la víctima o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; a la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y a los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; a sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraran bajo su guarda y a las personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraran bajo su acogimiento familiar. 2.º En caso de no existir los anteriores, a los demás parientes en línea recta y a sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima. Las disposiciones de esta Ley no serán aplicables a terceros que hubieran sufrido perjuicios derivados del delito». El texto asume la delimitación del concepto de víctima que realiza la normativa europea y que incluye, como víctimas indirectas, únicamente a parientes de la víctima directa. A pesar de lo amplio de su contenido, éste podía serlo aún más de haber seguido la definición de víctima que aporta la *Declaración sobre principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abuso de poder de la ONU*, aprobada por la Resolución 40/34, de la Asamblea General el 29 de noviembre de 1985, que no sigue tal restricción. Conocida como Carta Magna de las víctimas se encuentra disponible en *Recomendaciones y Decisiones aprobadas por la Asamblea General. Documentos Oficiales: Cuadragésimo período de sesiones*, Suplemento n.º 53 (A/40/53), Naciones Unidas, Nueva York, 1986, pp. 230-231. Sobre la importancia de esta declaración, RODRÍGUEZ MANZANERA, L., *Victimología*, Porrúa, México, 2003, p. 360; WALLER, I., *Derechos para las víctimas del delito. Equilibrar la justicia*, Ed. Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), México, 2013, p. 34.

de Enjuiciamiento Criminal, ampliamente afectada por esta norma, y la disposición transitoria única que determina el régimen de aplicación temporal del Estatuto.

Si bien muchos de los derechos que se introducen recuerdan otros conocidos e incluidos en algunas de las normas de protección de víctimas anteriormente existentes, lo cierto es que en materia penitenciaria, se contemplan una serie de innovaciones que inciden de manera muy relevante en nuestro sistema de cumplimiento. Así, de entre los derechos de las víctimas del delito que enumera el Título I, destacan los artículos 5 y 7 sobre el derecho a recibir información de la causa penal¹⁰⁶⁴. Por su parte, en el Título II relacionado con la participación de la víctima en el proceso penal, sobresale el artículo 13, que recoge el derecho a recurrir determinadas resoluciones administrativas¹⁰⁶⁵. En concreto:

«1. Las víctimas que hubieran solicitado, conforme a la letra m) del artículo 5.1, que les sean notificadas las resoluciones siguientes, podrán recurrirlas de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aunque no se hubieran mostrado parte en la causa:

a) El auto por el que el Juez de Vigilancia Penitenciaria autoriza, conforme a lo previsto en el párrafo tercero del artículo 36.2 del Código Penal, la posible clasificación del penado en tercer grado antes de que se extinga la mitad de la condena, cuando la víctima lo fuera de alguno de los siguientes delitos:

- 1.º Delitos de homicidio.
- 2.º Delitos de aborto del artículo 144 del Código Penal.

¹⁰⁶⁴ El artículo 5.1 m) determina el: «Derecho a efectuar una solicitud para ser notificada de las resoluciones a las que se refiere el artículo 7. A estos efectos, la víctima designará en su solicitud una dirección de correo electrónico y, en su defecto, una dirección postal o domicilio, al que serán remitidas las comunicaciones y notificaciones por la autoridad». A su vez, el artículo 7 establece las resoluciones que por el ejercicio al derecho a la información han de ser comunicadas a la víctima. Así, en lo que nos interesa desde el punto de vista penitenciario: «1. Toda víctima que haya realizado la solicitud a la que se refiere el apartado m) del artículo 5.1, será informada sin retrasos innecesarios de la fecha, hora y lugar del juicio, así como del contenido de la acusación dirigida contra el infractor, y se le notificarán las siguientes resoluciones: (...) e) Las resoluciones o decisiones de cualquier autoridad judicial o penitenciaria que afecten a sujetos condenados por delitos cometidos con violencia o intimidación y que supongan un riesgo para la seguridad de la víctima. En estos casos y a estos efectos, la Administración penitenciaria comunicará inmediatamente a la autoridad judicial la resolución adoptada para su notificación a la víctima afectada. f) Las resoluciones a que se refiere el artículo 13».

¹⁰⁶⁵ LEAL MEDINA, J., «Régimen jurídico de la víctima del delito. Normativa presente y de futuro. Derechos en el proceso penal y en las leyes extraprocesales. Especial atención al Anteproyecto de Ley Orgánica del estatuto de la víctima del delito», *Diario La Ley*, n.º 8287, Sección Doctrina, 07.04.14, p. 1307, manifiesta que es en este punto donde el Estatuto se muestra más novedoso. Delimita ambos derechos, el de información y el de recurrir, NISTAL BURÓN, J., «Los derechos de la víctima del delito en el ámbito de la ejecución penal. El derecho a saber y el derecho a recurrir en los términos establecidos en el Estatuto de la víctima (Ley 4/2015)», *Diario La Ley*, n.º 8999, Sección Tribuna, 13.06.17.

- 3.º Delitos de lesiones.
- 4.º Delitos contra la libertad.
- 5.º Delitos de tortura y contra la integridad moral.
- 6.º Delitos contra la libertad e indemnidad sexual.
- 7.º Delitos de robo cometidos con violencia o intimidación.
- 8.º Delitos de terrorismo.
- 9.º Delitos de trata de seres humanos.

b) El auto por el que el Juez de Vigilancia Penitenciaria acuerde, conforme a lo previsto en el artículo 78.3 del Código Penal¹⁰⁶⁶, que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran al límite de cumplimiento de condena, y no a la suma de las penas impuestas, cuando la víctima lo fuera de alguno de los delitos a que se refiere la letra a) de este apartado o de un delito cometido en el seno de un grupo u organización criminal.

c) El auto por el que se conceda al penado la libertad condicional, cuando se trate de alguno de los delitos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 36.2 del Código Penal o de alguno de los delitos a que se refiere la letra a) de este apartado, siempre que se hubiera impuesto una pena de más de cinco años de prisión. La víctima deberá anunciar al Secretario judicial competente su voluntad de recurrir dentro del plazo máximo de cinco días contados a partir del momento en que se hubiera notificado conforme a lo dispuesto en los párrafos segundo y tercero del artículo 7.1, e interponer el recurso dentro del plazo de quince días desde dicha notificación. Para el anuncio de la presentación del recurso no será necesaria la asistencia de abogado.

2. Las víctimas estarán también legitimadas para:

a) Interesar que se impongan al liberado condicional las medidas o reglas de conducta previstas por la ley que consideren necesarias para garantizar su seguridad, cuando aquél hubiera sido condenado por hechos de los que pueda derivarse razonablemente una situación de peligro para la víctima;

b) Facilitar al Juez o Tribunal cualquier información que resulte relevante para resolver sobre la ejecución de la pena impuesta, las responsabilidades civiles derivadas del delito o el comiso que hubiera sido acordado.

3. Antes de que el Juez de Vigilancia Penitenciaria tenga que dictar alguna de las resoluciones indicadas en el apartado 1 de este artículo, dará traslado a la víctima para que en el plazo de cinco días formule sus alegaciones, siempre que ésta hubiese efectuado la solicitud a que se refiere la letra m) del apartado 1 del artículo 5 de esta Ley».

¹⁰⁶⁶ El Estatuto toma la numeración del artículo en su versión anterior a la reforma operada por LO 1/2015, correspondiéndose actualmente con el contenido del artículo 78.2 CP.

Igualmente dentro del Título II, y en paralelo a la introducción de la mediación en el CP, el artículo 15 del Estatuto regula la posibilidad de llevar a cabo un proceso de mediación en los siguientes términos:

«1. Las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa, en los términos que reglamentariamente se determinen, con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito, cuando se cumplan los siguientes requisitos: a) el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad; b) la víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento; c) el infractor haya prestado su consentimiento; d) el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima; y e) no esté prohibida por la ley para el delito cometido.

2. Los debates desarrollados dentro del procedimiento de mediación serán confidenciales y no podrán ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes. Los mediadores y otros profesionales que participen en el procedimiento de mediación, estarán sujetos a secreto profesional con relación a los hechos y manifestaciones de que hubieran tenido conocimiento en el ejercicio de su función.

3. La víctima y el infractor podrán revocar su consentimiento para participar en el procedimiento de mediación en cualquier momento».

En definitiva, el Estatuto profundiza en la presencia de la víctima en el procedimiento de ejecución de las condenas, otorgándole no sólo el derecho a la participación en el mismo, sino a recurrir algunas de las resoluciones administrativas que recaen sobre los internos en los términos del artículo 13 antes transcrito. A la par, regula la posibilidad de realizar procedimientos de mediación si se dan las condiciones del artículo 15 para ello.

2. CRÍTICAS A LA ACTUAL CONFIGURACIÓN DE LA PROTECCIÓN A LA VÍCTIMA

Expuesta la normativa, podemos resumir en dos los caminos que escoge para la protección de la víctima, que consolidan los introducidos por la LO 7/2003. De un lado, la LO 1/2015 amplía la participación de las «demás partes» que la LO 7/2003 contemplaba para el levantamiento del periodo de seguridad, a otros procedimientos penitenciarios. Ello hasta el punto de que, gracias a la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima, las víctimas llegan a estar habilitadas para recurrir algunas de las resoluciones que se hubieran adoptado en sede administrativa. De otro lado, la LO 1/2015, siguiendo el mismo esque-

ma normativo que la LO 7/2003 en el artículo 72.5 y 6 LOGP, considera de nuevo el haber satisfecho a la víctima como requisito previo para el acceso del condenado a una mejora en las consecuencias del delito. Como vimos anteriormente, el artículo 72. 5 y 6 LOGP condiciona el acceso al régimen abierto al abono previo de las responsabilidades civiles y, en determinados tipos de delincuencia, a la petición de perdón y el repudio de la actividad delictiva. Tras la nueva reforma penal, los artículos 80.3 y 84.1 CP vinculan la suspensión de la condena a la realización de un proceso de mediación.

Desde nuestro punto de vista, el conjunto de esta nueva regulación no sólo provoca que se obvie la regulación de mecanismos auténticamente reparadores, sino que el sistema penitenciario se vea intensamente afectado en aspectos fundamentales del mismo.

2.1 Incidencia penitenciaria de la nueva normativa sobre la víctima

En primer lugar, el hecho de que la víctima pueda recurrir las resoluciones del artículo 13 del Estatuto, la convierte en un agente altamente influyente en decisiones fundamentales para la trayectoria de cumplimiento del condenado. Ello al margen de la normativa penitenciaria al respecto¹⁰⁶⁷ y con importantes implicaciones para lo que por mandato constitucional constituye la finalidad de la labor penitenciaria. En este sentido, junto a factores normativamente tasados que fundamentan el acceso de los condenados a hitos de cumplimiento fundamentales, como el tercer grado y la libertad condicional, se introduce la valoración absolutamente subjetiva y necesariamente parcial de quien ha sido víctima del delito. Teniendo en cuenta la frustración que la dinámica del proceso penal, tras las fases de instrucción y enjuiciamiento, genera en las víctimas¹⁰⁶⁸, el papel que se les asigna no hace más que prolongar el enfrentamiento entre víctima e infractor al momento de ejecución de la condena¹⁰⁶⁹. Con ello, se consolida a la víctima en su papel de obstáculo para el in-

¹⁰⁶⁷ En este punto, MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Diario La Ley*, 2014, pp. 14-15, refiere que: «La iniciativa ignora la realidad penitenciaria y tampoco es muy consistente en términos doctrinales (...) las novedades deberían plasmarse, más allá del Estatuto, en los correspondientes textos legales». Igual de relevante respecto de los cambios procedimentales que a partir de ahora implica el Estatuto, GÓMEZ COLOMER, J. L., 2014, p. 352, advierte que supone un cambio radical respecto a la D. Ad. 5.ª de la LOPJ que únicamente permite recurrir resoluciones en ejecución al condenado y al Ministerio Fiscal.

¹⁰⁶⁸ RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, p. 157.

¹⁰⁶⁹ SOLAR CALVO, P., «Incidencia Penitenciaria de la Ley 4/2015 (...)», *Legal Today*, 2016; BENÍTEZ YÉBENES, J. R., 2017, p. 462.

fractor en su trayectoria de reinserción¹⁰⁷⁰ y el carácter vindicativo de nuestro sistema que en lugar de reparar, contribuye a la confrontación de sujetos cuyos intereses ya están *ab initio* enfrentados¹⁰⁷¹.

El legislador confunde así, fases, sujetos y finalidades procesales, dando lugar a una redacción que no puede satisfacer a ninguno de los implicados. Del lado de las víctimas, porque ven reducida su protección a la mera prolongación de la confrontación con el infractor. Desde la perspectiva de los condenados porque ya no será su evolución tratamental la que determine la progresión en los regímenes de cumplimiento, sino factores ajenos a la misma y no controlables por los interesados. De este modo, no se avanza en materia reparadora, sino que se profundiza en la creación de un sistema vindicativo *ad infinitum*, en todas y cada una de sus fases y procedimientos. De acuerdo con Cervelló Donderis:

«No parece adecuado dar esta intervención a la víctima en la ejecución ya que los intereses consustanciales a su papel de haber sufrido el daño producido por el delito, son diametralmente opuestos a la finalidad principal de la ejecución penitenciaria que es la orientación hacia la reinserción social del condenado, además también iría en sentido contrario a lo aconsejado por la Victimología que es ayudar a las víctimas a que dejen de serlo y no prolongar más su sufrimiento, quizá por ello son mucho más aconsejables las medidas dirigidas a la conciliación como pueda ser la mediación, y no las dirigidas a una mayor confrontación»¹⁰⁷².

Lo anterior a pesar de que parte de la doctrina ha acogido favorablemente los cambios normativos que en materia de protección a la víctima se vienen produciendo desde 2003. Así, Nistal Burón destaca que sólo dando un papel protagonista a la víctima en el proceso de ejecución ésta podrá «resocializarse» a la vez que supone requisito fundamental para la auténtica resocialización del interno. A juicio del autor no se trata de aumentar la protección de la víctima en detrimento de los intereses del interno, sino de su integración en el cumplimiento de la condena de manera que los fines del artículo 25.2 CE se alcancen más plenamente¹⁰⁷³. En sentido parecido, Torán Muñoz considera que las decisiones penitenciarias en las que se da voz a la

¹⁰⁷⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *RECPC*, 2017, p. 17, destaca éste como uno de los rasgos propios del Derecho Penal actual.

¹⁰⁷¹ RODRÍGUEZ YAGÜE, C., 2018, p. 224.

¹⁰⁷² CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 169. Desde el punto de vista de la Victimología, TAMARIT SUMMALA, J. M., «La prisión permanente revisable», *QUINTERO OLIVARES, G.*, 2015, p. 96.

¹⁰⁷³ NISTAL BURÓN, J., «El desamparo de la víctima en la fase penitenciaria de la ejecución penal. Algunas consideraciones en torno al objetivo prioritario de la pena», *Diario La Ley*, Sección Doctrina, n.º 7157, 20.04.09, pp. 1536-1537; «Implicaciones de la justicia victimal en el Derecho penitenciario»,

víctima inciden en sus derechos, siendo la nueva normativa una manera de equilibrar sus derechos con los de los internos¹⁰⁷⁴, remitiéndose Gómez Colomer a la figura del Juez como garante de que los intereses de la víctima no sean los que se impongan¹⁰⁷⁵.

Sin embargo, pese a estas posturas conciliadoras entre los intereses de víctima e infractor, en el fondo y casi por definición, se produce un importante conflicto entre ambos y dudamos de que la fase de ejecución de la pena sea la más adecuada para buscar la armonización de sus pretensiones¹⁰⁷⁶. Más aún, tras un proceso penal en el que los mecanismos de reparación tienen tan poco espacio. En este contexto, aunque el Preámbulo del Estatuto asegure el respeto al principio de legalidad, al ser la autoridad judicial la que definitivamente decide sobre el acceso de los internos a mayores cotas de libertad¹⁰⁷⁷, lo cierto es que por ello no evita el peso específico que la simple presencia de la víctima y sus pretensiones suponen respecto del órgano decisor. Ejemplo de ello, el AJVP de Oviedo de 19.04.17 que acuerda no autorizar un permiso propuesto por la Junta de Tratamiento, al haber tenido el Juzgado conocimiento de que «la representación del interno ha llevado a cabo diversas actuaciones en la ejecutoria por la que se encuentra cumpliendo condena en relación a obtener la declaración de extinción de la prohibición de aproximarse y/o comunicar con las víctimas y con el afrontamiento de las responsabilidades civiles». Es decir, el mero conocimiento por parte de la autoridad judicial de que el interno está realizando actuaciones que entiende que no son del agrado de la víctima, basta para revocar el disfrute de permisos previamente concedidos. Conclusión a la que se llega a pesar de que al interno venía disfrutando de permisos con regularidad y sin incidencias.

Como se manifiesta en el voto particular emitido con ocasión del Informe del CGPJ favorable al Estatuto –formulado por dos de sus vocales, al que se sumaron otros cinco–, la presencia de la víctima en la fase de ejecución peni-

Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, n.º 26, 2012, pp. 117-129. En idéntico sentido, FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, p. 1035.

¹⁰⁷⁴ TORÁN MUÑOZ, A., «La posición de la víctima en el sistema penal español», en ECHANO BASALDÚA, J. I. (Coord.), *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*, Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, p. 590.

¹⁰⁷⁵ GÓMEZ COLOMER, J. L., *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 2015, p. 205.

¹⁰⁷⁶ Así lo destaca TAMARIT SUMALLA, J. M., 2005, p. 56, al abordar el conflicto de derechos e intereses al que asistimos.

¹⁰⁷⁷ «La regulación de la intervención de la víctima en la fase de ejecución de la pena, cuando se trata del cumplimiento de condenas por delitos especialmente graves, garantiza la confianza y colaboración de las víctimas con la justicia penal, así como la observancia del principio de legalidad, dado que la decisión corresponde siempre a la autoridad judicial, por lo que no se ve afectada la reinserción del penado».

tenciaria puede complicar el cumplimiento de los fines de la pena y el respeto debido a los principios de rango constitucional que deben orientar su cumplimiento. Además, sostiene que la exclusión de la intervención activa de las víctimas en la fase de ejecución de las penas de prisión, «no implica en absoluto una situación de indefensión o desprotección para éstas, por cuanto la intervención del Ministerio Fiscal garantiza la salvaguarda de sus intereses legítimos (art. 3 EOMF)»¹⁰⁷⁸.

A su vez, esta modificación sustancial que se produce de los procesos penitenciarios, se agrava si tenemos en cuenta la amplísima definición que el artículo 2 del Estatuto da de la víctima del delito y que pone de relieve las nefastas consecuencias de mezclar ámbitos normativos –el de protección de las víctimas y el de ejecución de la condena– que debieran seguir caminos distintos. Así, si bien la definición de víctima en el sentido tan amplio del artículo 2 del Estatuto es bienvenida por la Victimología¹⁰⁷⁹, su aplicación sin adaptaciones al medio penitenciario en los términos del artículo 13 del mismo texto, cuestiona aún más la legitimación de su intervención en los procedimientos eminentemente penitenciarios.

Por todo ello, plenamente de acuerdo con Faraldo Cabana, consideramos que el interés de la reinserción del condenado ha de prevalecer durante la fase de ejecución de la sentencia. Sólo así puede garantizarse el cumplimiento del artículo 25.2 CE sin que el Derecho penal y el Derecho penitenciario se conviertan en la «Carta Magna» de las víctimas¹⁰⁸⁰.

¹⁰⁷⁸ Informe del Consejo General del Poder sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito emitido el 31 de enero de 2014, voto particular sobre el mismo. En contra, DE HOYOS SANCHO, M., «Reflexiones sobre la Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y su transposición al ordenamiento español», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 34, 2014, p. 51, entiende que «no debemos perder de vista que el Ministerio Fiscal, como garante de la legalidad y del interés común, puede tener criterios diferentes de los de la víctima acerca de cómo ha de discurrir la ejecución de la pena impuesta, y eso no significa que a la víctima le vaya a mover un afán vindicativo, igual que se entiende que no le mueve tal afán de venganza cuando se le permite ejercitar la acusación particular y sostiene su pretensión punitiva en los términos que considera adecuados».

¹⁰⁷⁹ El Estatuto asume el concepto de víctima comúnmente empleado en Psicología que incluye víctimas directas e indirectas del delito. ECHEBURUA, E., *Superar un trauma. El tratamiento de las víctimas de sucesos violentos*, Ed. Pirámide, Madrid, 2004, p. 36, compara la construcción del concepto de víctima «con el efecto de una piedra arrojada a un estanque, originando una onda expansiva que actúa en círculos concéntricos, en el primero de los cuales se encontrarían las víctimas directas, y en el segundo los familiares que tienen que afrontar el dolor de sus seres queridos y readaptarse también a la nueva situación».

¹⁰⁸⁰ FARALDO CABANA, P., «El papel de la víctima durante la ejecución de condenas por delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y de terrorismo», en VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SELJAS, F., GUINARTE CABADA, G. (DIRS.), *Hacia un sistema penal orientado a las víctimas. El estatuto penal, procesal y asistencial de las víctimas del terrorismo en España*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 75 y 76. En

En la práctica, la tensión normativa es tal que los propios Fiscales de Vigilancia Penitenciaria se han visto en la obligación de recordar que:

«La participación de la víctima en la ejecución penal, tradicional monopolio exclusivo del Estado, debe conciliarse con la orientación constitucional de las penas privativas de libertad a la reinserción de forma que aquella no suponga un obstáculo para la misma, lo que debe actuar como principio interpretativo de la nueva regulación»¹⁰⁸¹.

Aspecto que se reitera al abordar la habilitación de las víctimas para solicitar reglas de conducta en el sentido ligadas a la libertad condicional, limitando la misma en aras a la finalidad de reinserción que el artículo 25.2 CE determina. Según el texto aprobado:

«La participación indirecta de la víctima que posibilita el artículo 13.2 a) para solicitar la imposición de reglas de conducta en libertades condicionales en condenas por hechos de los que pueda derivarse razonablemente una situación de peligro para aquella debe restringirse por razón de la finalidad contemplada en la norma (garantizar la seguridad de la víctima) a las medidas directamente relacionadas con la misma (aquellas cuyo control se atribuye por el CP a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado). El hecho como predictor de peligrosidad resulta insuficiente, debiendo huirse también aquí de automatismos y otorgarse singular importancia a las propuestas de la Junta de Tratamiento (art. 195 i RP)»¹⁰⁸².

Finalmente, la confrontación de intereses a la que venimos aludiendo se manifiesta en la negativa de la Administración Penitenciaria a realizar directamente las notificaciones necesarias a las víctimas para que estas puedan ejercer los derechos de información y recurso que el Estatuto regula¹⁰⁸³. Ello al entender que excede la finalidad de lo que constituye el núcleo de su actividad y siendo los Juzgados de Vigilancia, en los términos del artículo 7.1 e) del propio Estatuto, los que por el momento han asumido esta función. Esta situación provoca la crítica de los Jueces y Fiscales de Vigilancia Penitenciaria por la dilación procedimental que ello conlleva –primero ha de notificarse la resolución administrativa al JVP para que éste pueda a su vez, trasladársela a la víctima– y que resulta un tanto incoherente con la asunción de estas funciones

la misma línea, GARCÍA VALDÉS, C., «Tres temas penales de actualidad», *REP*, n.º 258, 2015, pp. 15-17; RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, p. 157; CASTILLEJO MANZANARES, R., *Diario La Ley*, 2016, p. 5.

¹⁰⁸¹ *Conclusiones de las Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria de 2016*, punto 14.

¹⁰⁸² *Conclusiones de las Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria de 2016*, punto 19.

¹⁰⁸³ Orden de Servicio 1/16 de la SG.II.PP, sobre la participación de la víctima en la ejecución penal.

en los casos de violencia de género, en los que dichas notificaciones se venían y vienen realizando directamente por la Administración Penitenciaria ¹⁰⁸⁴.

En segundo lugar, al margen de esta importante problemática, el otro camino escogido para aumentar el estatus jurídico de la víctima, y convertir su satisfacción mediante un proceso de mediación, en requisito para la suspensión de la condena, tampoco resulta apropiado. Lo que en un principio debiera de celebrarse por el avance que supone en cuanto a atención a la víctima ¹⁰⁸⁵, sorprende negativamente por su tortuosa configuración normativa. Más allá de la confusión a la que induce, la vinculación de la mediación y el beneficio de la suspensión de la condena invalida a nuestro juicio las bases de lo que el propio proceso de mediar exige. Por definición, el objeto del condenado no será reparar a la víctima, sino evitar la entrada en prisión tras la comisión del delito.

Como adelantábamos, la LO 1/2015 sigue la tendencia iniciada por la LO 7/2003 con el artículo 72.5 y 6 LOGP, que vincula el esfuerzo reparador del infractor mediante el abono de la responsabilidad civil, la petición de perdón a la víctima y repudio de la actividad delictiva, con el acceso al tercer grado, esto es, con un cambio favorable en el régimen de cumplimiento del condenado. De este modo, se fomenta que el interno medie, que abone la responsabilidad civil, que pida perdón a la víctima y que rechace el delito cometido, no por la obligación moral derivada de una asunción honesta de su responsabilidad personal en la comisión del delito, sino por el mero hecho de la rentabilidad, normativamente avalada, que espera obtener a corto o medio plazo.

¹⁰⁸⁴ *Conclusiones de las Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria de 2016*, punto 17; *Criterios y Acuerdo sobre la especialización del JVP*, 2017, criterio 10 de los relativos al Estatuto de la víctima.

¹⁰⁸⁵ Así lo venían reclamando DEL RÍO FERNÁNDEZ, L., *La Ley*, 2006, p. 1965 y VALL RIUS, A., «El desarrollo de la justicia restaurativa en Europa: Estudio comparado con la legislación española», *La Ley*, n.º 4, 2006, p. 1416; GONZÁLEZ CANO, M. I., «La mediación penal en España», en BARONA VILAR, S. (Dir.), *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos (Experiencias en España, EEUU, Inglaterra y Gales, Países Escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 46; GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J., «La mediación penal en el ámbito de adultos: futura implantación en España» en MONTROYA MELGAR, A. (Coord.), *Cuestiones actuales de la jurisdicción en España*, t. 2, Dykinson, Madrid, 2010, p. 931; DURBÁN SICILIA, L., «Mediación, oportunidad, y otras propuestas para optimizar la instrucción penal», *La Ley Penal*, n.º 73, julio-agosto 2010, p. 57; TAMARIT SUMALLA, J., «La articulación de la justicia restaurativa con el sistema de justicia penal», en TAMARIT SUMALLA, J., 2012, p. 72; del mismo autor, «El necesario impulso de la justicia restaurativa tras la Directiva europea de 2012», *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 1, 2013, pp. 139-160; CANO SOLE, M. A., «La mediación penal como método de resolución de conflictos. Posibilidades de aplicación a los delitos de violencia de género y doméstica», *La Ley Penal*, n.º 109, Julio-Agosto 2014, p. 95; LEAL MEDINA, J., «¿Tiene futuro la mediación penal de adultos? ¿Dónde estamos actualmente? ¿Es un método viable para solucionar los problemas de convivencia que genera la acción delictiva?», *Diario La Ley*, n.º 8397, Sección Doctrina, 13.10.14, p. 1450.

Con ello, como vimos que pasaba con el artículo 72.5 y 6 LOGP, la regulación penal de la mediación tras la LO 1/2015 ahonda en el error de base de nuestro sistema penitenciario, que expusimos en el Capítulo III de la primera parte de este trabajo. El hecho de que nuestro sistema recompense la buena evolución tratamental de los internos con la concesión de mayores cotas de libertad, favorece cambios conductuales en estos del todo aparentes y utilitaristas, orientados en exclusiva al inicio más temprano de la trayectoria de reinserción y el consiguiente acceso a permisos, tercer grado y libertad condicional. En este sentido, la lógica de la normativa que trata de proteger a la víctima no viene más que a ayudar a estos comportamientos manipulativos.

Por último, tanto el hecho de que la víctima sea parte legitimada para oponerse a las resoluciones favorables que se emitan respecto del condenado, como el que su satisfacción sea requisito previo a la concesión de ciertos beneficios –acceso al tercer grado o concesión de la suspensión de la condena–, despliega consecuencias tratamentales sutiles, pero determinantes en los internos. En caso de resoluciones definitivas desfavorables a sus intereses, se facilita que externalicen la responsabilidad por su situación y la trasladen a la víctima y la actuación que haya desarrollado en el procedimiento penitenciario. A la par, se produce un interesante intercambio de papeles, conforme al que el interno, en lugar de asumir la responsabilidad por el hecho delictivo cometido y comprender el daño ejercido sobre la víctima, se victimiza y se siente injustamente castigado por la actuación que a lo largo del cumplimiento aquella pueda haber desarrollado.

2.2 De incoherencias, errores y olvidos

Además de las consecuencias negativas que el conjunto normativo para la protección de la víctima presenta en el ámbito penitenciario, aparecen otras cuestiones relevantes que no pueden pasar desapercibidas y que afectan a la coherencia y la adecuación de algunas de sus previsiones.

En primer lugar, en cuanto a la selección hitos penitenciarios en los que las «demás partes» han de estar presentes, resulta del todo incoherente que se prevea su presencia en las resoluciones enumeradas, pero se prescinda de la misma en otras igual o más relevantes que las enunciadas sin que se pueda encontrar el sentido a la selección que el legislador realiza. En concreto, no se entiende que el apartado segundo del artículo 36 CP contemple la participación de la víctima en el levantamiento del periodo de seguridad, mientras que el apartado primero del mismo precepto obvia su presencia en la concesión del

tercer grado previo a la cadena perpetua¹⁰⁸⁶. Más sorprendente aún, y como ha destacado el CGPJ en su Informe al Anteproyecto de LO 1/2015, el CP contempla su presencia en la decisión de revocación o prórroga de la suspensión de la condena, mientras desaparece toda referencia a la misma en la concesión de la propia suspensión¹⁰⁸⁷. O igual de incongruente, la víctima participa en la concesión de la libertad condicional supercualificada, pero no en relación a los otros casos de libertad condicional. Como destaca el Consejo Fiscal específicamente para la concesión de la libertad condicional como revisión de la prisión permanente revisable:

«Llama la atención, sin embargo, que pese a la naturaleza y gravedad de la pena que supone, en principio y salvo una revisión favorable, una reclusión permanente, no se disponga un procedimiento contradictorio de revisión con audiencia del penado y de su representación procesal y del Ministerio Fiscal»¹⁰⁸⁸.

Todo ello, como decimos, sin que se pueda encontrar ningún sentido a la selección que realiza el legislador. Si bien para determinados casos cabe pensar que la norma considera innecesario dar trámite de audiencia a la víctima por haber participado ésta en el momento procedimental inmediatamente anterior —ejemplo de ello, la víctima no participa en la resolución de concesión de la libertad condicional por motivos humanitarios pero sí en el tercer grado inmediatamente previo a la misma—, se trata de una fundamentación que no es generalizable a los supuestos enumerados, pues en el caso de la cadena perpetua, como acabamos de ver, la víctima no participa ni en el momento de acceso al tercer grado, ni en el posterior de la revisión.

En el mismo sentido, poner en común las previsiones del Estatuto con aquellas otras que el CP introduce, también arroja resultados paradójicos. De nuevo, los JJVP han llamado la atención sobre el hecho de que el régimen de recursos del artículo 13 del Estatuto no incluye la intervención de la víctima en el incidente de revocación de la libertad condicional. Ello a pesar de que el CP

¹⁰⁸⁶ Así: «La pena de prisión permanente será revisada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 92. La clasificación del condenado en el tercer grado deberá ser autorizada por el tribunal previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, oídos el Ministerio Fiscal e Instituciones Penitenciarias, y no podrá efectuarse (...)».

¹⁰⁸⁷ Al respecto, el Informe del CGPJ al Anteproyecto de la LO 1/2015 de reforma del CP, ob. cit., pp. 308-309: «Se ha suprimido toda referencia al incidente a seguir para acordar sobre la suspensión de la ejecución de la pena, su duración, prohibiciones, obligaciones y deberes inherentes a ella y su modificación. Se hace necesaria la articulación de un trámite en el que sea oído el penado y su abogado, el Ministerio Fiscal y demás partes acusadoras si las hubiere».

¹⁰⁸⁸ Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, ob. cit., p. 86.

sí regula la participación de las «demás partes» en dicho incidente. Tal y como destacan en el acuerdo alcanzado:

«El reconocimiento de la legitimación de la víctima ante el juzgado de vigilancia penitenciaria junto al penado y al fiscal en el supuesto del artículo 13.1 c) del Estatuto para recurrir el auto de concesión de la libertad condicional no incluye su intervención en el incidente de revocación y por tanto se estima que no puede recurrir la denegación de la revocación, al no venir expresamente reconocida esta facultad»¹⁰⁸⁹.

A su vez, si ya indicamos que no tenía mucho sentido prever la audiencia de las «demás partes» con carácter previo a la resolución de concesión de la libertad condicional supercualificada –art. 90.2, párrafo segundo CP–, pero no en el resto de supuestos que también pueden resultar privilegiados –como el caso del art. 90.3 CP–, no se alcanza a comprender el porqué de permitir el recurso respecto de todas las resoluciones de concesión de libertad condicional que el JVP puede aprobar, sin diferenciación alguna al respecto.

Por todo ello, parte de la doctrina se lamenta de la oportunidad perdida de armonizar estas previsiones estableciendo un procedimiento más general y coherente sobre la participación de la víctima¹⁰⁹⁰. En concreto, para el caso de la expulsión penal de los extranjeros, Recio Juárez señala que: «(...) se sigue prescindiendo completamente de los intereses de la víctima, no aprovechándose la reforma para regular su participación en la decisión, aunque la misma no esté personada, en consonancia con la Directiva 2012/29/UE, y la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito»¹⁰⁹¹. En el mismo sentido, se critica que la intervención de la víctima se circunscriba al ámbito de actuación del JVP en lugar de abarcar otros incidentes –como el de suspensión penal de la condena– en los que sus intereses pueden verse igual de afectados¹⁰⁹². Del mismo modo, la propia selección de delitos que el artículo 13 del Estatuto lleva a cabo, limita la finalidad de protección de la víctima que dice pretender. Así, se dejan fuera supuestos delictivos que afectan intensamente los bienes jurídicos de los afectados –como los delitos contra el honor–, estableciéndose así una protección discriminatoria que deriva en un sistema incompleto.

¹⁰⁸⁹ *Criterios y Acuerdo sobre la especialización del JVP*, 2017, criterio 9 de los relativos al Estatuto de la víctima. En contra, ORTEGA CALDERÓN, J. L., *Diario La Ley*, 2017, pp. 4-7, que para este supuesto concreto realiza una interpretación extensiva de las previsiones del Estatuto.

¹⁰⁹⁰ ORTEGA CALDERÓN, J. L., *Diario La Ley*, 2017, pp. 4-7.

¹⁰⁹¹ RECIO JUÁREZ, M., *Diario La Ley*, 2015, p. 8.

¹⁰⁹² Así lo destacan, CASTILLEJO MANZANARES, R., *Diario La Ley*, 2016, p. 6; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, p. 1019.

Además de lo anterior, y en concreto para el Estatuto, se trata de una norma que presenta importantes errores y olvidos. Al respecto, los JJVP han destacado en su encuentro de 2017 dos relevantes errores de fondo. De un lado, la falta de objeto material que tiene el recurso del artículo 13.1 a) del Estatuto respecto del levantamiento del periodo de seguridad en los delitos de terrorismo y contra la libertad sexual que el artículo 36.2 CP selecciona. Ello por definición, en tanto es imposible levantar el periodo de seguridad respecto de los mismos. En concreto:

«Ha de advertirse de que carece de objeto que se relacionen en el artículo 13.1 a) 8.º del Estatuto los delitos de terrorismo cuando conforme al artículo 36.2 a) del Código Penal están excluidos de la facultad del Juez de Vigilancia de alzar el periodo de seguridad. Igualmente estarían excluidos en el epígrafe relativo a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (art. 13.1 a) 6.º) los delitos del artículo 183 del CP. Y los del Capítulo V del Título VII del Libro II, conforme a lo establecido en el artículo 36.2 c) y d) del CP»¹⁰⁹³.

De otro lado, los JJVP llaman la atención sobre el hecho de que el Estatuto establece un régimen de recursos específicamente referido a las decisiones que el JVP adopta. Requisito que excluye, a pesar de importancia, la revisión de la prisión permanente revisable que recae en manos del Tribunal sentenciador. Tal y como señalan:

«El artículo 13 del Estatuto legitima a la víctima para recurrir las resoluciones relativas al alzamiento del periodo de seguridad, las que acuerdan la aplicación del régimen general de cumplimiento y por las que se concede la libertad condicional. Se refiere exclusivamente a resoluciones dictadas por el JVP. Sin embargo en los delitos castigados con pena de prisión permanente revisable la competencia para otorgar la suspensión de la pena corresponde al Tribunal sentenciador (art. 92 del Código Penal). En consecuencia con respecto a esta pena, pese a su gravedad, no cabe entender legitimada a la víctima para recurrir el auto otorgando el beneficio, al no haber sido dictado por el JVP»¹⁰⁹⁴.

Finalmente, ha sido necesario adoptar determinados acuerdos por parte de los Jueces y Fiscales de Vigilancia Penitenciaria para dar contenido a olvidos del Estatuto y procurar su encaje práctico dentro de la normativa penitenciaria. Entre ellos, destaca el que relaciona la capacidad de recurrir de las víctimas con los efectos suspensivos que la D. Ad. 5.ª LOPJ confiere a los re-

¹⁰⁹³ *Criterios y Acuerdo sobre la especialización del JVP*, 2017, criterios 7 de los relativos al Estatuto de la víctima.

¹⁰⁹⁴ *Criterios y Acuerdo sobre la especialización del JVP*, 2017, criterio 8 de los relativos al Estatuto de la víctima.

cursos de apelación contra resoluciones relativas a materia clasificación y libertad condicional que, en caso de delitos graves, pueden dar lugar a la excarcelación de los internos ¹⁰⁹⁵. Conforme a los acuerdos alcanzados y para el caso en que sea la víctima la que interponga dicho recurso de apelación, sólo pueden tener el carácter suspensivo de la D. Ad. 5.^a LOPJ los recursos de la letra c) del artículo 13.1 del Estatuto sobre libertad condicional. Se excluyen los recursos de las letras a) y b) –levantamiento de periodo de seguridad del artículo 36.2 CP y pase al régimen general del cumplimiento conforme al art. 78.3 CP–, pues, a pesar de estar relacionados intensamente con la posible clasificación de un interno en tercer grado, no abordan asuntos de clasificación en sentido estricto. En concreto:

«Se estima que deben concederse efectos suspensivos al recurso de apelación de la víctima contra el auto de concesión de libertad condicional (Disposición Adicional Quinta de la LOPJ)» ¹⁰⁹⁶.

De esta manera, los Jueces y Fiscales de Vigilancia Penitenciaria realizan una interpretación estricta del Estatuto que, a nuestro juicio, resulta acertada. El efecto suspensivo del recurso de apelación se contempla para las resoluciones favorables a los intereses de los internos que pueden conllevar su excarcelación, y por ello, afectan su derecho fundamental a la libertad. Por ello, no cabe realizar una interpretación extensiva, más allá de lo que el Estatuto y la D. Ad. 5.^a LOPJ establecen, aunque, como decíamos, los asuntos excluidos guarden una estrecha relación con asuntos de clasificación.

2.3 Sobre la aplicación retroactiva del Estatuto

En otro orden de cosas, pero sin que pueda pasar desapercibido dados sus importantes efectos jurídicos, resta que abordemos la aplicación temporal del Estatuto. Para ello es necesario acudir a su disposición transitoria única que establece que:

¹⁰⁹⁵ Recordando lo que su punto 5 establece: «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».

¹⁰⁹⁶ *Criterios y Acuerdo sobre la especialización del JVP*, 2017, criterio 6 de los relativos al Estatuto de la víctima, coincidente con el punto 9 de las *Conclusiones de las Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria de 2016*, punto 9.

«Las disposiciones contenidas en esta Ley serán aplicables a las víctimas de delitos a partir de la fecha de su entrada en vigor, sin que ello suponga una retroacción de los trámites que se hubieran cumplido».

Como vemos, la norma declara la irretroactividad respecto de las actuaciones penales y penitenciarias que ya se hubieran llevado a cabo antes de su entrada en vigor. Sin embargo, a la vez, habilita a la víctima para intervenir en todos los procedimientos que a partir de entonces se inicien y en aquellos que estuvieran ya iniciados y no finalizados antes de dicho momento. Ello en la extensión que el Estatuto contempla y con independencia de que la fecha de hechos probados del delito cometido sea previa a la fecha en que el Estatuto entró en vigor.

Lo anterior hasta el punto de que los Fiscales de Vigilancia Penitenciaria exigen la intervención proactiva por parte de los JJVP para que la víctima pueda ejercer sus derechos. De acuerdo con su postura:

«La eficacia temporal de la nueva norma se regula en la Disposición Transitoria Única, según la cual las disposiciones de la ley se aplican a las víctimas de delitos a partir de su entrada en vigor, sin que ello suponga una retroacción de los trámites que ya se hubieran cumplido. No excluye la aplicación a delitos anteriores a su entrada en vigor, ni a procedimientos o ejecuciones en curso, impidiendo solo la retroacción respecto de actuaciones ya practicadas. Por tanto, respecto de resoluciones administrativas o judiciales posteriores a la entrada en vigor deben realizarse las actuaciones judiciales precisas para la efectividad de los derechos reconocidos por la norma, correspondiendo al juzgado de vigilancia suplir la omisión del ofrecimiento del procedimiento, entendiéndose que el artículo 5.2 de la ley, cuando obliga a actualizar los datos de la víctima en cada fase del procedimiento, abarca la fase final de la ejecución atribuida a los JVP. No se nos oculta que genera dilaciones, pero es el único entendimiento que permite garantizar la efectividad de esos derechos»¹⁰⁹⁷.

La posición de los Fiscales no ha sido compartida por el conjunto de los operadores jurídicos. De hecho, algunos juzgados entienden que si el Tribunal sentenciador no hizo a la víctima el ofrecimiento del artículo 5.1 m) del Estatuto por el que se le da a conocer su derecho a ser informada de determinadas resoluciones, al no estar entonces vigente, el JVP no tiene obligación de realizarlo. Sin embargo, se está imponiendo la postura defendida por los Fiscales. Como se establece en el AAP de Alicante, Secc. 10 de 10.03.16, el tenor literal y finalidad del Estatuto abogan por su aplicación a todos los expedientes en curso. Por ello, de no constar al JVP el ofrecimiento del artículo 5.1 m), debe-

¹⁰⁹⁷ *Conclusiones de las Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria de 2016*, punto 16.

rá éste realizarlo, solicitando los datos de la víctima al Tribunal sentenciador, conforme al artículo 5.2 del Estatuto.

De este modo, al margen de los expedientes finalizados, se procura la aplicación del Estatuto a todos los trámites penales y penitenciarios que se realicen tras su entrada en vigor y, fundamental a los efectos de valorar la aplicación temporal de la norma, con independencia de la fecha de comisión de los hechos delictivos que dan lugar a dichos trámites. Se considera que estamos ante una norma meramente procesal, que da intervención a la víctima en el proceso penal y los procedimientos penitenciarios que la afectan, ampliando sus derechos durante la tramitación. De manera que se entiende que la aplicación hacia el pasado de sus previsiones en tanto pueda afectar a internos que cometieron el delito antes de su entrada en vigor, no supone lesión material en los bienes jurídicos de los internos en el sentido del artículo 9.3 CE¹⁰⁹⁸. Sin embargo, la valoración que se realiza sobre la aplicación del Estatuto prescinde absolutamente de las consecuencias que tal intervención puede llegar a tener y que hemos mencionado antes.

En este sentido, la presencia de la víctima en los procedimientos penitenciarios, especialmente a través del artículo 13 del Estatuto y la legitimidad que le concede para recurrir determinadas resoluciones favorables a los internos, incide inevitablemente en la valoración que el órgano judicial ha de realizar. Más aún, aunque su participación no derive en una resolución definitiva desfavorable para el condenado, el simple hecho de que la víctima interponga un recurso del artículo 13 supondrá una demora en la ejecución de resoluciones que afectan el derecho fundamental a la libertad de quien cumple condena. En los casos del artículo 13.1 a) y b) –levantamiento de periodo de seguridad del art. 36.2 CP y pase al régimen general del cumplimiento conforme al art. 78.3 CP–, ya vimos que la interposición de los recursos por parte de la víctima no causa efectos suspensivos de la resolución favorable al interno. Sin embargo, ambos incidentes se relacionan con su trayectoria de reinserción, específicamente, con la posible concesión de un tercer grado, como una especie de antesala a la misma –el levantamiento del periodo de seguridad porque permite la progresión de grado en condenas superiores a cinco años sin que haya cumplido su mitad; el pase al régimen general de cumplimiento porque permite que el requisito temporal para acceder al tercer grado se calcule sobre la condena acumulada y no sobre la totalidad de las condenas impuestas–. En

¹⁰⁹⁸ «La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos».

este contexto, es bastante dudoso que la A.P. vaya a promover la clasificación en tercer grado sin contar con la resolución judicial firme que autoriza uno de sus requisitos previos. Por su parte, en el caso del artículo 13.1 c) la afección de la libertad de los internos es más directa e intensa. El carácter suspensivo que la D. Ad. 5.^a LOPJ otorga a los recursos que se interponen contra las resoluciones que conceden la libertad condicional y pueden dar lugar a la excarcelación en caso de delitos graves, deriva en que si la víctima interpone dicho recurso, el acceso del interno a la libertad condicional previamente concedida queda en suspenso.

En definitiva, se impone una reflexión en las consecuencias de esta aplicación temporal del Estatuto. La disposición transitoria única se conforma con declarar su irretroactividad meramente procedimental, relativa a los trámites penales y penitenciarios que ya se hubieran finalizado antes de su entrada en vigor. No obstante, aplicar el Estatuto a los trámites penitenciarios ya iniciados o que partir de ese momento se inicien, afecta la libertad de los internos en los términos que hemos descrito. Por ello, dudamos de la constitucionalidad de la aplicación de las previsiones del Estatuto sin considerar la fecha en la que se cometió el delito y si ésta es o no anterior a la de su entrada en vigor¹⁰⁹⁹.

3. EN BUSCA DE OPCIONES RESTAURADORAS MÁS ALLÁ DEL AFÁN VINDICATIVO

Después del análisis de la nueva normativa de protección a la víctima, no podemos estar más de acuerdo con lo que apuntaba Belzunegui, al analizar la participación de las víctimas en el procedimiento del artículo 98.3 CP para la determinación de la medida de libertad vigilada¹¹⁰⁰ tras el cumplimiento de una pena privativa de libertad:

«Con independencia de las dificultades previsibles que puede tener la localización de las víctimas una vez transcurrido el tiempo, previsiblemente prolongado, hasta el cumplimiento de la condena y el establecimiento de la libertad vigilada, la norma supone atribuir a las víctimas un papel creciente en la determinación de la política criminal. Si el fundamento de la medida de libertad

¹⁰⁹⁹ Se defiende esta idea en SOLAR CALVO, P., «Aplicación hacia atrás del Estatuto de la Víctima», *Legal Today*, 05.03.18

¹¹⁰⁰ De acuerdo con el mismo: «En todo caso, el Juez o Tribunal sentenciador resolverá motivadamente a la vista de la propuesta o los informes a los que respectivamente se refieren los dos apartados anteriores, oída la propia persona sometida a la medida, así como el Ministerio Fiscal y las demás partes. Se oirá asimismo a las víctimas del delito que no estuvieren personadas cuando así lo hubieran solicitado al inicio o en cualquier momento de la ejecución de la sentencia y permanezcan localizables a tal efecto».

vigilada es contribuir a la rehabilitación del condenado y reducir su peligrosidad, realizando un proceso que no ha logrado el sistema penitenciario, la participación de la víctima en este aspecto no parece que tenga demasiado fundamento, si no es desde el punto de vista del *Derecho Penal simbólico*. Con las diferencias que ambas situaciones representan, la pretensión sería análoga a dar entrada a las víctimas en el sistema de progresión en grado del cumplimiento de las penas de prisión que tenga el penado. A fin de cuentas, esta intervención concreta de las víctimas en la configuración de la medida puede servir como instrumento para hacer entrar por la puerta trasera el caduco concepto de «alarma social», ya expulsado del sistema»¹¹⁰¹.

La evolución de la normativa de protección a la víctima ha transitado el camino que el autor señalaba –el art. 13 del Estatuto da entrada a la víctima en incidentes procedimentales relacionados con la progresión de grado de los internos–. A la vez, como advierte el autor, la forma en que la norma configura esa protección responde a los intereses de un Derecho Penal que busca medidas efectistas ante la opinión pública. No se trata tanto de configurar un procedimiento penal que sirva a los intereses de la reparación, como hacer creer a cualquier ciudadano que se sienta potencialmente víctima de un delito, en su poder de intervención frente a aquellas resoluciones que puedan beneficiar al delincuente.

Desde nuestro punto de vista, la estrategia de intervención con la víctima del delito ha de ser diferente. Con ella ha de buscarse la auténtica reparación de quien sufre el delito, superando el afán reduccionista que caracteriza la normativa analizada y que convierte a la víctima en mero obstáculo de los avances que el condenado puede merecer en su trayectoria de reinserción. Por ello, frente a la regulación expuesta, como propuestas de futuro, consideramos líneas fundamentales las siguientes.

Primero, más allá de medidas penitenciarias efectistas y grandilocuentes, y en el sentido que reclaman entre otros Cervelló Donderis y Faraldo Cabana, lo que debe hacer el Estado es ofrecer un programa integral de cobertura asistencial a las víctimas, reafirmando así la solidaridad de toda la sociedad con ellas¹¹⁰². Segundo, dentro de ese programa y en la materia que nos ocupa, es necesario otorgar a la víctima el papel que le corresponde en el proceso penal, articulando los mecanismos de escucha y restauración que hagan nuestra justicia más humana¹¹⁰³. Sólo entonces entendemos que, del mismo modo que el

¹¹⁰¹ BELZUNEGUI, B., *Derechopenal-online*, 2011.

¹¹⁰² FARALDO CABANA, P., «El papel de la víctima durante la ejecución de condenas por delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y de terrorismo», en VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., GUINARTE CABADA, G., 2013, pp. 75 y 76.

¹¹⁰³ CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 169.

interno sometido a tratamiento, la víctima estará interiormente más preparada para afrontar la confrontación con el victimario en vía penitenciaria. Tercero, y para el ámbito concreto penitenciario, fomentar programas de reparación y mediación reales en la línea de los que el artículo 90 CP contempla para la libertad condicional privilegiada¹¹⁰⁴. Programas que ayuden a realizar un verdadero trabajo reparador con los internos y que, estratégicamente diseñados, superen el consabido juego utilitarista al que estas medidas se prestan¹¹⁰⁵.

A su vez, como herramientas concretas de trabajo con la víctima, consideramos más beneficioso profundizar en los procedimientos de mediación que el artículo 15 del Estatuto permite, obviando los recursos que su artículo 13 introduce. Prolongar el enfrentamiento de la víctima con el interno que tiene lugar en el procesal penal a la vía penitenciaria no parece la mejor manera de buscar la reparación de quien ha sufrido un delito. Sin embargo, la mediación del artículo 15 del Estatuto, sí que supone un avance en materia de justicia auténticamente restaurativa y reparadora de los daños que la víctima hubiera sufrido. De ahí que sea necesario su desarrollo reglamentario, determinando las consecuencias de este procedimiento tan específico y su incardinación en el proceso penal¹¹⁰⁶.

¹¹⁰⁴ En concreto: «A propuesta de Instituciones Penitenciarias y previo informe del Ministerio Fiscal y de las demás partes, cumplidas las circunstancias de las letras a) y c) del apartado anterior, el juez de vigilancia penitenciaria podrá adelantar, una vez extinguida la mitad de la condena, la concesión de la libertad condicional en relación con el plazo previsto en el apartado anterior, hasta un máximo de noventa días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena. Esta medida requerirá que el penado haya desarrollado continuamente las actividades indicadas en la letra b) de este apartado y que acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso». En esta línea que defendemos se manifiesta RÍOS MARTÍN, J. C. *et al.*, 2016, p. 157.

¹¹⁰⁵ Sobre su importancia, MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, p. 194, considera que introduce un interesante matiz victimológico en la libertad condicional, que sintoniza con los requisitos de las formas suspensivas y sustitutivas de las penas privativas de libertad y la aleja de los grados del sistema de individualización científica –como hemos visto que ha sucedido–, pues permite considerar los intereses de la víctima en la concesión de estos beneficios y, demuestra que la voluntad del legislador al exigir buena conducta no equivale a valorar el comportamiento disciplinario del condenado en la cárcel. Por su parte, TAMARIT SUMALLA, J. M., «La articulación de la justicia restaurativa con el sistema de justicia penal», en TAMARIT SUMALLA, J., 2012, p. 71, considera estos programas una seria invitación a la necesidad de prever y diseñar programas restaurativos en el ámbito penitenciario. Igualmente, LÓPEZ CERRADA, V. M., *REP*, 2006, p. 114: «Deben establecerse y desarrollarse, sin más dilación, los programas de atención a las víctimas contemplados en la LO 7/03, y que permiten acceder al nuevo beneficio de adelantamiento excepcional de la libertad condicional. Programas que podrían incluir, entre otras, aportaciones económicas a fondos generales de reparación, o trabajos de atención y ayuda a las víctimas a través de Instituciones y Asociaciones especializadas». Destaca la visión claramente humanista de la mediación penitenciaria que ofrece RÍOS MARTÍN, J. C., «La mediación en la fase de ejecución penitenciaria», *REP*, n.º extra, homenaje al Profesor Francisco Bueno Arús, 2006, pp. 169-190, y que puede servir de marco general en el que encajar los programas que reclamamos.

¹¹⁰⁶ Por el momento, el RD 1109/2015, de 11 de diciembre de desarrollo del Estatuto no especifica ni establece matización adicional al respecto. En el sentido que defendemos, y para la tramitación del in-

De este modo, se intenta superar el pensamiento de enfrentamiento perpetuo en la relación víctima-victimario, en los términos que Tamarit Sumalla expone:

«Desde ciertos sectores de la victimología se ha criticado que esta clase de pensamiento, basado en una distinción monocromática entre víctima y ofensor, simplifica y representa una victimidad alejada de la realidad de la victimización, que lleva a las jerarquías, a la distinción entre buenas y malas víctimas, las que merecen ser reconocidas y las que no. La alternativa pasa por la investigación de las necesidades reales de las víctimas y la adopción de políticas que atiendan a las mismas al margen de la reacción frente al agresor. Como muestra, los programas inspirados en la justicia restaurativa buscan una respuesta al conjunto de necesidades sociales e individuales que se plantean tras un hecho delictivo y los programas de justicia transicional tratan de favorecer la convivencia entre comunidades enfrentadas tras un conflicto»¹¹⁰⁷.

Y es que, lejos del camino escogido por nuestro legislador, la victimología puede servir para rebajar la presión punitiva siempre que vaya más allá de la confrontación víctima-infractor que se da en la actualidad. Como defiende el mismo autor:

«La victimología, como disciplina fundada en el conocimiento empírico de la víctima y conformada bajo la influencia de una “racionalidad feminizada”, atenta a la ética del cuidado o contenidos propios de la inteligencia emocional en detrimento de la racionalidad jurídica tradicional de tono justiciero e idealista, nos permite dejar de considerar la reacción frente al delincuente como el objetivo prioritario de la intervención social ante el delito. Amén de potenciar la prevención, la victimología llama a establecer otros mecanismos de compensación a favor de la víctima, a través de la solidaridad y la asistencia, dirigidos a lograr la desvictimación, que reduzcan los «impulsos punitivos» de las víctimas, por lo que la victimología tiene, en definitiva, un potencial de reducción de la presión punitiva. La justicia reparadora puede recordarnos que frente a una muy arraigada concepción que asocia, de modo más o menos explícito, el hecho de “hacer justicia” a reacciones vindicativas, aspectos como el reconocimiento del delito y de su víctima y la reparación suponen otro modo de “hacer justicia”, quizás más alejado de cierta tradición idealista pero más cercano a las necesidades de pacificación social. Una política criminal orientada victimológicamente es una política criminal con bases empíricas, pues el desarrollo de la victimología pone de manifiesto las posibilidades y las ventajas de una cultura jurídica reparadora»¹¹⁰⁸.

dulto, DÍAZ LÓPEZ, J. A., «La participación de la víctima en el indulto», *La Ley Penal*, n.º 113, 2015 refiere la necesidad de abordar y definir la presencia de las víctimas en los procedimientos para su concesión y las consecuencias que de ello pueda extraerse.

¹¹⁰⁷ TAMARIT SUMALLA, J. M., *Indret*, 2013, pp. 13-15.

¹¹⁰⁸ TAMARIT SUMALLA, J. M., *PC*, 2007, p. 15. Comparte esta visión reduccionista, LARRAURI PIJOAN, E., «La reparación», en CID MOLINÉ, J., LARRAURI PIJOAN, E., 1997, pp. 169-195; «Tendencias

En la línea que defendemos, destacan algunas experiencias desarrolladas en nuestras prisiones y que parten de una filosofía de base diametralmente opuesta a la que sustentan los textos analizados. Primero, porque eliminan el papel vindicativo que se atribuye a la víctima a través de su mera participación procesal en los actos administrativos de concesión de mayores cotas de libertad a los condenados. Segundo, porque desvinculan los procedimientos de satisfacción y reparación de cualesquiera beneficios o mejoras penales o penitenciarias, consistan éstas en la obtención de una posible suspensión de la condena o el acceso al tercer grado ¹¹⁰⁹.

De un lado, la denominada *Vía Nanclares* iniciada a finales del 2011 en el CP de Árama y centrada específicamente en las consecuencias de la delincuencia terrorista. Durante dicho proceso, víctimas e infractores se reunieron, tras fases de preparación previa y sobre la base de determinadas premisas, entre las que destacaba especialmente la de que la participación no iba a tener resultados de cara a la concesión de beneficios penitenciarios. Si bien es cierto que el cambio de tendencia política ha impedido un desarrollo mayor de esta mediación y su extensión a otros casos, las víctimas participantes reclaman esta vía como una opción personal posible ¹¹¹⁰.

De otro lado, en la misma línea conciliadora, destaca la labor de mediación desarrollada en el CP de Madrid III, Valdemoro. Dejando al margen el delito cometido, los profesionales del centro y colaboradores externos se han centrado en resolver determinados conflictos disciplinarios a través de la mediación. Aspecto muy acertado, teniendo en cuenta los defectos normativos de base que hemos visto empañan nuestro régimen disciplinario. Como vemos, experiencias que dejan a un lado la confrontación para buscar el entendimiento mutuo y que, a diferencia de las normas anteriores, no vinculan la participación en las mismas a mejoras que el condenado pudiera obtener.

actuales de la justicia restauradora», en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (Coord.), *Libro Homenaje a Alessandro Barratta*, Universidad de Salamanca, 2004, pp. 439-464 y en *Revista brasileira de ciencias criminais*, n.º 51, 2004, pp. 67-104; «Justicia restauradora y violencia doméstica», en ASUA BATARITA, A., GARRO CARRERA, E. (Coords.), *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2009, pp. 125-144 y en VV.AA., *Cursos de Derechos Humanos de Donostia, San Sebastián*, vol. 8, 2007, pp. 119-136.

¹¹⁰⁹ ÁLVAREZ CASTAÑÓN, M. J., SOLAR CALVO, P., *Diario La Ley*, 2016, p. 15.

¹¹¹⁰ Resumen de la experiencia, el libro coordinado por PASCUAL, E., *Los ojos del otro*, Ed. Sal Terrae, 2013, con participación de: OLADE ALTAREJOS, A. J., LOZANO ESPINA, F., SEGOVIA BERNABÉ, J. L., RÍOS MARTÍN, J. C., SANTOS ITOIZ, E., CASTILLA JIMÉNEZ, J., CARRASCO ASENGUINOLAZA, L. M., ÉTXEBARRÍA ZARRABEITIA, X. Exponen la técnica utilizada en uno de los encuentros colectivos llevados a cabo entre víctimas-internos y personal y organizaciones participantes, la denominada *World-Café*, GUERRERO GUECHO, J. M., MUÑOZ HERNÁN, Y., «Diálogos reparadores en el ámbito penitenciario. Creación de espacios de intercambio para la construcción de ámbitos positivos de convivencia», *REP*, n.º 254, 2008, pp. 126-164.

Finalmente, destaca la práctica desarrollada en el CP Madrid I (Alcalá Meco Mujeres). Utilizando mecanismos como comunicación no violenta y los círculos restaurativos, han puesto en marcha un programa de encuentro entre víctimas e internas condenadas. Ello sobre la base de la justicia restaurativa como «la filosofía y el método de resolver los conflictos que atienden prioritariamente a la protección de la víctima y al restablecimiento de la paz social, mediante el diálogo comunitario y el encuentro personal de los directamente afectados, con el objeto de satisfacer de modo efectivo las necesidades puestas de manifiesto por los mismos, devolviéndoles una parte significativa de la disponibilidad sobre el proceso, procurando la responsabilización del infractor y la reparación de las heridas personales y sociales provocadas por el delito»¹¹¹¹.

Como vemos, los ejemplos expuestos constituyen experiencias complejas, que requieren de un importante esfuerzo innovador e integrador, y que superan la estrategia simplista escogida por nuestro legislador, más centrada en la prolongación indefinida entre víctima y victimario.

¹¹¹¹ GONZÁLEZ RIVERO, P., «Justicia Restaurativa y mediación penal y penitenciaria», *Diario La Ley*, n.º 9085, Sección Tribuna, 21.11.17, pp. 1-6, valora la experiencia y concreta el programa desarrollado.

EPÍLOGO

EL NECESARIO OFICIO DEL JURISTA

1. LA TENSION ENTRE LAS REFORMAS PENALES Y LOS FINES DEL SISTEMA PENITENCIARIO

Una vez repasados tanto los principios de funcionamiento y errores internos de nuestro sistema penitenciario, como las reformas que desde el 2003 se vienen desarrollando en materia penal, estamos en posición de defender lo equivocado de estas últimas en relación con un sistema de cumplimiento al que dejan intensamente afectado. En las páginas anteriores hemos detallado los aspectos concretos de la norma penitenciaria que resultan cuestionados por las reformas penales. A continuación exponemos las tres ideas que a nuestro juicio los resumen: las reformas penales no sólo no corrigen, sino que profundizan en los errores internos del sistema penitenciario; las reformas penales limitan la flexibilidad y la individualización del cumplimiento, regresando a sistemas penitenciarios ya superados; las reformas penales responden a un nuevo paradigma político criminal que prima la seguridad sobre la reinserción y que no escoge como núcleo de actuación al individuo que ha delinquido, sino al grupo al que éste pertenece. Veamos cada una de estas ideas por separado.

1.1 Reformas penales que profundizan en los errores del sistema penitenciario

A lo largo del Capítulo III, Parte I de este trabajo, vimos cómo, de los dos principios internos básicos del sistema de individualización científica –el principio de subordinación del régimen al tratamiento (arts. 71 LOGP, 73 RP) y el

principio de flexibilidad (arts. 72.3 y 4 LOGP, 100.2 y 104.3 RP)— los problemas propios del sistema penitenciario derivan especialmente del primero por su difícil aplicación a los internos en primer grado y preventivos y por lo que, en el referido Capítulo III, denominamos su cara oscura.

Comenzando por los grupos de internos señalados, las normas de cumplimiento que definen el régimen cerrado y el de los internos preventivos se caracterizan por un importante componente asegurativo que dificulta enormemente que su aplicación se subordine a las necesidades tratamentales que los internos presentan. En este sentido, como ya expusimos, las medidas regimientales del primer grado prevén tres o cuatro horas de patio diarias, junto a la realización de cacheos tanto a la entrada como a la salida de las celdas, la requisa diaria de estas últimas y, en general, mayores medidas de prevención y aislamiento. En definitiva, medidas que alejan el día a día de cumplimiento en régimen cerrado de dinámicas propias de la normalización social y que tienen una orientación prioritariamente asegurativa.

En cuanto a los internos preventivos, el juego normativo que permite aplicarles el régimen ordinario y el régimen cerrado al margen de cualquier intervención tratamental, salva el principio constitucional de presunción de inocencia, pero quiebra la previsión del artículo 71 LOGP (art. 73 RP). Si no cabe iniciar el tratamiento hasta la recepción de la sentencia, se impide *ab initio* cualquier intento de cumplimiento del principio de subordinación del artículo 71 LOGP. Esto es, las medidas regimientales que en general deben orientarse al tratamiento, se reducen por definición y para este colectivo de internos, a su versión más asegurativa.

El máximo exponente de la limitada aplicación del principio de subordinación del régimen al tratamiento respecto de estos dos grupos de internos lo constituye su exclusión del disfrute de permisos ordinarios del artículo 47.2 LOGP (art. 154 RP). Es decir, con independencia de su concreta e individual situación personal, social y penitenciaria, el régimen que se les aplica excluye cualquier tipo de salida del centro que pueda tener en cuenta dichas variables. Como abordamos en el Capítulo III, el reciente ATS de 14.12.17 cuestiona esta situación en el *Caso Jordi Sánchez*, y abre nuevas perspectivas de cara al futuro.

Al margen de lo anterior, en cuanto al segundo bloque de problemas que se asocian al principio de subordinación del régimen al tratamiento son varios y más sutiles de apreciar. De un lado, como de acuerdo con el artículo 71 LOGP, el régimen sirve al tratamiento, se considera que el mero cumplimiento de las normas que conlleva el primero supone la realización de una parte importante del segundo. Esto es, basta con que los internos muestren un comportamiento normalizado para que se aprecie su evolución en el tratamiento. Ello

incluso con el respaldo normativo del RP que, al mismo nivel que los programas de intervención específicos, considera la mera realización de salidas programadas del artículo 114 RP y salidas regimentales del artículo 117 RP como parte del tratamiento y no como instrumento que sirve al mismo.

De otro lado, la unión de los conceptos de régimen y tratamiento que el artículo 71 LOGP promueve, dota al primero de tintes terapéuticos que nada tienen que ver con lo que el cumplimiento de la normativa regimental implica. A su vez y a la inversa, la contaminación entre los conceptos de régimen y tratamiento facilita que el tratamiento pueda considerarse cuasi-obligatorio. De ahí, los preceptos normativos que catalogan la participación de los internos en el tratamiento como un deber y no como un derecho (arts. 4.2, 26 y 61 LOGP, arts. 5.2g) y 132 RP.

Las consecuencias de todo ello para la finalidad de nuestro sistema penitenciario –hacer de los internos ciudadanos autónomos y responsables de sus actos– son especialmente negativas.

En primer lugar, si los internos han cumplido con la normativa regimental, pero la Junta de Tratamiento considera que su evolución personal desde un punto de vista tratamental no les hace aun merecedores de una salida de permiso o del acceso al tercer grado, tendrán muy fácil culpar de su situación a la propia institución, pues ellos ya cumplen con la normativa y realizan las actividades que se les han encomendado. Se facilita así que su locus de control siga siendo externo sin atribuirse responsabilidad alguna por los actos que llevaron y llevan a cabo.

Más importante aún, considerar que el régimen como tal es algo bueno para el interno, con alto nivel terapéutico y escaso rigor normativo parte de una premisa absolutamente idealizada de lo que conlleva la estancia en prisión. De manera sutil, se impone un cierto *buenismo penitenciario* según el cual lo que la institución demanda al interno es por definición bueno para él. Ello tanto en el aspecto más tratamental, justificando la obligatoriedad del tratamiento, como en el más regimental, provocando una rebaja importante de los derechos y garantías de quienes se encuentran en prisión.

En este sentido, primar al tratamiento antes que al régimen conforme a los artículos 71 LOGP, 73 RP puede ser bueno a los fines de generación del mejor ambiente de cumplimiento. Sin embargo, configurada bajo este prisma, la pena privativa de libertad adquiere un toque demasiado optimista, olvidando que ante todo, la pena en sí es un mal. Olvido que sin duda contribuye a que nuestro ordenamiento penitenciario se resista a dar carpetazo al concepto de relación de sujeción especial para definir la relación entre los internos y la Administración. Como resultado, determinadas figuras de nuestra normativa

penitenciaria, algunas de ellas analizadas en el Capítulo IV de la Parte I de este trabajo –los principios de legalidad y *non bis in ídem* de la potestad sancionadora, las limitaciones regimentales del artículo 75 RP y el fichero de internos de especial seguimiento (FIES)–, son hoy en día del todo insuficientes desde el punto de vista de las garantías jurídicas de los derechos fundamentales. Con ello, el sistema se muestra del todo falaz, pues exige a los internos que acaten y respeten un sistema que, sin embargo, les atropella en sus derechos.

Finalmente, ya hemos adelantado que la relación entre el régimen y el tratamiento que el artículo 71 LOPG dibuja, facilita que la participación del interno en el tratamiento se considere obligatoria. Lógicamente, no puede llevarse a cabo un tratamiento satisfactorio de cualquier problemática personal si no se parte de la voluntaria participación del interno afectado. Sin embargo, en la práctica, los internos participan en el tratamiento que se les pauta de modo casi obligado, pues recae sobre ellos la amenaza de no acceder a permisos o al tercer grado en caso contrario. De esta manera, y en contra de su finalidad última, el sistema favorece que la adaptación normativa del interno y su participación en el tratamiento sean utilitaristas, en detrimento de su auténtico cambio. Esto es, tendrán más éxito, en cuanto al acceso a mayores cotas de libertad, aquellos internos que mejor participen en la dinámica de cumplimiento que se les impone pero no necesariamente quienes hayan experimentado los cambios tratamentales necesarios.

Siendo ésta la problemática interna del principio de subordinación del régimen al tratamiento, las reformas penales no sólo no resuelven ninguno de los aspectos planteados sino que profundizan en algunos de ellos. En concreto, la introducción en el 2003 de la exigencia del abono de la responsabilidad civil y del repudio de la actividad delictiva como requisitos previos para el acceso al tercer grado, consolida la problemática que subyace a nuestro sistema penitenciario. Lo mismo que hemos visto que sucede para la participación en el tratamiento, los internos procederán al abono de la responsabilidad civil y al repudio de la actividad delictiva en tanto pueda ser rentable en su acceso a mayores cotas de libertad. Se envía así un mensaje inadecuado a quienes han cometido un delito y cumplen condena por ello, consistente en que los daños ocasionados por el delito y el abandono de la actividad delictiva no se producen como consecuencia del delito y por la propia asunción de la responsabilidad en el mismo, sino por el beneficio posterior que se le asocia. Igualmente, se refuerza el mensaje que el propio sistema de cumplimiento envía a los internos al promover su participación en el tratamiento no por la evolución personal que ello les va a reportar, sino por los beneficios que en términos de acceso a mayores cotas de libertad se le asocian.

1.2 Restricciones al principio de flexibilidad: vuelta a los sistemas progresivos

Considerando lo expuesto en el anterior epígrafe y de manera aún más paradójica, las reformas penales que se vienen desarrollando desde 2003 no sólo profundizan en los errores internos de la ejecución de la pena privativa de libertad, sino que han limitado la aplicación de su principal instrumento para la reinserción –el principio de flexibilidad y la individualización de la pena que este principio permite–, del modo y con las consecuencias que a continuación se detallan.

De acuerdo con la norma penitenciaria (art. 102.2 RP), el tiempo de condena pendiente de cumplimiento es una variable más a considerar en el momento de decidir la clasificación inicial o la progresión de un interno a tercer grado. Por ello, es perfectamente posible clasificar a un interno en tercer grado de tratamiento aunque no haya alcanzado la cuarta parte del total de la condena, siempre que concurran suficientes variables favorables que así lo justifiquen (art. 104.3 RP). Frente a ello, como hemos repasado a lo largo de la Parte II de este libro, las sucesivas reformas penales han ido limitando la posibilidad de adaptar el modo de cumplimiento a la situación individual del condenado. A través de las mismas, se ha producido un retorno a los sistemas progresivos, y el factor temporal –la cuantía total de la condena impuesta y el tiempo que resta de cumplimiento– adquiere mayor peso específico. Ello hasta el punto de determinar la clasificación de los internos con independencia de las variables personales o sociales que en él concurran y la evolución tratamental que hay podido experimentar.

Este resurgir de la progresión en el cumplimiento se ha producido de dos maneras. De un lado, con carácter general, se han introducido parámetros temporales ajenos a la norma penitenciaria, pero que actúan como requisitos para el acceso a mayores cotas de libertad. Es el caso del periodo de seguridad del artículo 36.2 CP y las pautas temporales que el artículo 36.1 CP establece para el cumplimiento de la prisión permanente revisable y la concesión de permisos, tercer grado y libertad condicional.

De otro lado, de manera más específica para determinados tipos de delincuencia, el factor temporal adquiere aún más relevancia. De modo que bien se contemplan periodos de cumplimiento más onerosos para el disfrute de permisos y el pase a tercer grado, bien se excluye directamente la posibilidad de acceso de estos internos a determinados hitos de la trayectoria de reinserción. Como ejemplo de esa mayor onerosidad, destaca la regulación del periodo de seguridad tras la reforma operada en la LO 5/2010. Conforme al artículo 36.2

párrafo 3 CP, haber cumplido la mitad de la condena impuesta, si ésta es superior a cinco años, se convierte en requisito obligatorio e insalvable para el acceso al tercer grado de los condenados por delitos de terrorismo, delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales y delitos contra la libertad sexual. Igualmente, en caso de cumplimiento de pena de prisión permanente revisable, el artículo 36.1 CP establece plazos temporales para el acceso a los permisos y al tercer grado de los condenados por delitos de terrorismo que superan los que se contemplan con carácter general para el resto de condenados. Por otro lado, como ejemplo de la exclusión de determinados delincuentes de algunos instrumentos penitenciarios de reinserción, es llamativo el caso del artículo 78 CP –supuestos en que el resultado de la acumulación jurídica del artículo 76 CP es inferior a la mitad de la suma de las condenas impuestas por separado–. Como ya abordamos anteriormente, de acuerdo con su apartado 2 y a pesar de que se acuerde aplicar el régimen general de cumplimiento –esto es, que el cómputo del requisito temporal para el disfrute de beneficios penitenciarios pueda realizarse sobre el resultado de la acumulación jurídica y no sobre la suma total de condenas impuestas–, la norma no regula plazo alguno que permita el acceso a permisos ordinarios de los condenados por delitos de terrorismo o vinculados a organizaciones criminales.

A nuestro juicio, el resultado global de las reformas penales en relación al principio de flexibilidad es desfavorable. Con ellas se limita la característica principal de nuestro sistema penitenciario: la posibilidad que ofrece de adaptar el modo de cumplimiento de la condena a las variables concretas que cada interno presenta. Alcanzada una evolución tratamental adecuada, conforme a la que el interno ofrece garantías suficientes de vivir al margen del delito, la norma penitenciaria permite la realización de salidas de permiso y el acceso al tercer grado en detrimento de una mayor prisionización. Sin embargo, en un retorno a sistemas penitenciarios ya superados, las reformas introducen parámetros temporales que nada tienen que ver con la individualización del cumplimiento, que responden a criterios retributivos y que prolongan la estancia en prisión con efectos contraproducentes a los que la normalización social que nuestro sistema penitenciario pretende.

A su vez, establecer una regulación específica para el acceso a los permisos y el tercer grado de determinado tipo de condenados, introduce en el sistema penitenciario importantes características del *Derecho Penal del enemigo*. Como resultado, el principio de flexibilidad y la individualización del tratamiento tienen aún menor peso en las decisiones que se adopten a lo largo del cumplimiento de la condena, pues necesariamente y con independencia de su evolución, se retrasa el acceso de los condenados a su trayectoria de reinser-

ción. Igualmente, los principios de proporcionalidad e igualdad quedan muy comprometidos en un ordenamiento con regulaciones estancas ajenas a la interacción y en el que los castigos y las formas de ejecución vienen impuestos por la categoría delictiva a la que se pertenece. En la práctica de la ejecución, todo ello se traduce en la imposibilidad de mantener criterios generales de actuación en los que basar la intervención tratamental. Según se trate o no de internos penalmente calificados de «enemigos», la trayectoria de cumplimiento cambia de forma radical.

1.3 Un sistema penitenciario que ve comprometidos sus fines

Como resumen del impacto que las reformas penales ejercen en la ejecución de la condena, podemos decir que el legislador olvida la finalidad a la que nuestro sistema penitenciario viene obligado. Si bien las reformas atienden a fines diversos, producto de un *populismo punitivo* oportunista que no responde a una Política Criminal unívoca y consensuada mínimamente estable en el tiempo, gran parte de ellas coinciden en el olvido del mandato del artículo 25.2 CE. Ello bien porque tienden al endurecimiento de las condiciones de cumplimiento hasta límites constitucionalmente insostenibles –cadena perpetua revisable y antes, régimen de cumplimiento producto de la acumulación de determinadas condenas–, bien porque aprovechan el CP para introducir nuevos fines de la actividad penitenciaria que colisionan con el constitucionalmente establecido –expulsión de los penados y protección de la víctima–.

Mapelli Caffarena explica esta antinomia entre los fines penitenciarios y lo que destaca como *penología del control*. Para el autor «la persona ha dejado de ser el objetivo, se trata de identificar, predecir y diseñar una estrategia capaz de evitar el riesgo que comporta, para cuya evaluación deberemos considerar el contexto en el que la misma se mueve. La experiencia negativa de los fines resocializadores, excesivamente caros y difíciles de alcanzar (...) así como la hipervaloración de la seguridad en la sociedad moderna, como argumento poderoso capaz de legitimar cualquier discurso, se encuentran en las razones profundas de estos cambios (...) Frente a pretensiones más complejas y difíciles de abordar, como la reinserción social, el sistema limita sus objetivos y se propone colaborar en el diseño de un mundo vigilado»¹¹¹². Todo ello relacio-

¹¹¹² MAPELLI CAFFARENA, B., «La identificación genética. Un paso más en la consolidación de la penología del control», Estudios Monográficos sobre la LO 1/2015, *La Ley Penal*, n.º 115, 2015, p. 2. En términos similares, del mismo autor, *Las consecuencias jurídicas del delito*, ob. cit., pp. 102-103. Sobre el concepto de penología del control, MATTELART, A., *Un mundo vigilado*, Paidós, Barcelona, 2008.

nado con una vuelta a la prevención general –resultado del sentimiento de inseguridad ciudadana y la crisis de los programas resocializadores– que se manifiesta en «la creación de grupos de riesgo, como los emigrantes, directamente gestionados por la justicia penal o el desplazamiento del interés punitivo desde los modelos de integración –resocialización, reinserción– a los de exclusión –largas penas, restricción de los beneficios, expulsión–»¹¹¹³.

En relación con esta última idea, Díez Ripollés describe la nueva política criminal utilizando los conceptos de inclusión vs. exclusión social. Conforme al autor, «la alternativa incluyente aspira a que la selección de las conductas amenazadas con pena se rija por criterios imparciales de lesividad social del comportamiento, sin sesgos que discriminen o instrumenten a ciertos grupos sociales o colectivos. También aspira a que sospechosos o delinquentes se encuentren, tras su contacto con los órganos de control penal, en iguales o mejores condiciones individuales y sociales para desarrollar voluntariamente una vida conforme con la ley». Frente a ello, «la alternativa excluyente considera que la selección de las conductas amenazadas con pena debe trascender la mera identificación y control de las conductas socialmente lesivas, y perseguir objetivos adicionales de control de ciertos grupos sociales o colectivos. Al mismo tiempo, estima que ha de garantizar que el sospechoso o delincuente se encuentre, tras su contacto con los órganos de control penal, en unas condiciones individuales y sociales en las que le resulte más difícil infringir la ley o evitar ser descubierto»¹¹¹⁴.

Como vemos, mientras lo que el autor denomina alternativa incluyente coincide con los fines del sistema penitenciario, la alternativa excluyente se ha abierto paso a través de las reformas penales analizadas a lo largo de este trabajo. A través de las mismas, se limitan las previsiones de la norma penitenciaria que permiten adaptar el modo de cumplimiento a la situación individual de los internos, en pos de su menor prisionización y más rápida recuperación social. A la vez, como hemos visto, para determinados grupos de internos esas limitaciones son aún mayores. Es decir, se abandona el individuo y sus características, y se convierte en determinante el delito cometido o, en el caso de los internos extranjeros, las características que se asocian al grupo de pertenencia.

Desde nuestro punto de vista, en este contexto de choque penal-penitenciario, absolutamente contradictorio en metas a corto y fines a largo plazo, dos son los mecanismos fundamentales para tratar de encontrar una cierta conciliación, de manera que los fines de la norma penitenciaria puedan encontrar cier-

¹¹¹³ MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, p. 67.

¹¹¹⁴ Díez RIPOLLÉS, J. L., *RECPC*, 2017, pp. 5-6.

to encaje en la nueva realidad normativa. En primer lugar, otorgar a la figura del Jurista la importancia que requiere como miembro del Equipo Técnico, en tanto que defensor de los valores y parámetros constitucionales que continúan marcando las pautas de cumplimiento. En segundo lugar, a través de su figura, desmontar ciertos procedimientos de actuación administrativa que, desde dentro del propio sistema, sirven tanto para convalidar sus errores, como de avanzada para los objetos de las reformas penales. Comenzamos por este último aspecto para llegar al primero plenamente conscientes de su importancia.

2. ALGUNOS DEFECTOS DE LA APLICACIÓN BUROCRÁTICA DE LA NORMA

Es obvio que las modificaciones penales llevadas a cabo han de acatarse. Sin embargo, creemos que la corrección de ciertas actuaciones administrativas internas podría ayudar a retomar el verdadero espíritu de la labor penitenciaria, dándole mayor encaje en los cambios penales llevados a cabo. Hablamos de erradicar el barniz burocrático que envuelve las decisiones administrativas y que contribuye a dar por buenos los defectos internos del sistema y a la falta de individualización del cumplimiento abordados en los epígrafes anteriores. Para exponer nuestra tesis nos servimos de dos ejemplos. El primero, el llamado programa individualizado de tratamiento (PIT), vinculado a las clasificaciones en grado. El segundo, los mecanismos actuariales y el engranaje que crean para fundamentar las concesiones o denegaciones de permisos ordinarios. Principalmente, la tabla de variables de riesgo (TVR) y la concurrencia de circunstancias peculiares (CCP).

2.1 **Cumplir el PIT no equivale a alcanzar los objetivos del tratamiento**

De acuerdo con el artículo 20.2 RP:

«Los penados, tras ser reconocidos por el Médico si se trata de nuevos ingresos, permanecerán en el departamento de ingresos el tiempo suficiente para que por parte del Psicólogo, del Jurista, del Trabajador Social y del Educador se formule propuesta de inclusión en uno de los grupos de separación interior y se ordene por el Director el traslado al departamento que corresponda, previo informe médico. Por la Junta de Tratamiento, previo informe del Equipo Técnico, se contrastarán los datos del protocolo y se formulará un programa individualizado de tratamiento sobre aspectos tales como 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».

Por tanto, el PIT resume la actuación tratamental que se pretende desarrollar con el interno y sirve de base para comprobar la evolución en su cumplimiento a lo largo de las diferentes revisiones de clasificación de las que sea objeto. Pues bien, sobre esta premisa, la dinámica administrativa es tal que lo que debiera ser un instrumento del tratamiento se ha revelado para ir justamente en contra del tratamiento mismo al que sirve. Por propia comodidad o burocratización administrativa, a los internos se les acaba transmitiendo la idea de que el simple cumplimiento del PIT conlleva la mejora tratamental que el mismo trata de objetivar y que, consiguientemente, por su mero cumplimiento son merecedores de la mejora penitenciaria a la que se esa evolución tratamental se asocia –salida de permiso, acceso a tercer grado o acceso a la libertad condicional–.

De esta manera, las consecuencias de lo que denominamos cara oscura del principio de subordinación del régimen al tratamiento –la consideración de que el desarrollo de casi cualquier actividad penitenciaria es tratamiento y la sutil imposición de cualesquiera actividades en pos del acceso a la trayectoria de reinserción– encuentran mayor refuerzo.

En primer lugar, bastará con el cumplimiento escrupuloso del PIT para que el interno se considere en posesión del derecho de iniciar la trayectoria de reinserción; y bastará con que el interno haya cumplido el PIT para que la Administración encuentre justificada la concesión de salidas o el acceso a mayores cotas de libertad. Y a la inversa, el incumplimiento del PIT podrá fundamentar la exclusión de cualquier mejora en las condiciones efectivas de cumplimiento. Lo anterior, con independencia de los cambios de actitud que los internos hubieran efectivamente protagonizado de manera individualizada.

En segundo lugar, el uso que en la práctica penitenciaria se hace del PIT favorece que se imponga la obligatoriedad de la participación del interno en el tratamiento y, por ende, que dicha participación sea utilitarista. Es decir, dado que la única vía para el acceso del interno a los permisos y el tercer grado pasa por el cumplimiento del su PIT de forma satisfactoria, el interno se ve intensamente impulsado a dicho cumplimiento. En consecuencia, se deja poco espacio para que la participación en el tratamiento responda a un verdadero interés de mejora personal y no venga promovida por ese acceso a mayores cotas de libertad a la que directa e irremediabilmente se vincula.

A la vez y de mayor importancia, se erradica del sistema la posibilidad de que un interno, en ejercicio de su autonomía personal, pueda evolucionar en la asunción delictiva y la confrontación con su pasado al margen del tratamiento

impuesto por la Administración. Nada de esto tendrá relevancia si no se refleja en la realización de alguna actividad prevista en su PIT. Por tanto, el PIT contribuye a que internos que no han experimentado la evolución necesaria, accedan a la trayectoria de reinserción por el mero hecho de cumplir con una serie de pautas y actividades marcadas. Y al revés, evita que aquellos internos que han evolucionado al margen del tratamiento pautado, puedan acceder a los permisos y el tercer grado.

Más allá de lo anterior, el resultado global de esta forma de funcionamiento es altamente beneficioso para la Administración. Si bien es cierto que se rebajan las expectativas en cuanto al logro de la auténtica recuperación social de los internos, también se reducen las exigencias en cuanto a la puesta en marcha de actividades que en su desarrollo y posterior valoración puedan resultar verdaderamente terapéuticas. Y, aún peor, todo ello sin aparente consecuencias negativas para la A.P. En el Capítulo II de la Parte I, expusimos los datos que avalan el buen uso que habitualmente se hace de los permisos de salida por parte de los internos. En concreto, conforme a los últimos datos disponibles relativos al Informe General de la A.P. de 2016, el índice total de quebrantamientos de condena en relación a los permisos ordinarios y extraordinarios disfrutados asciende a 0,41%. Pero es más, incluso en los supuestos de mal uso de una salida de permiso o del régimen de semilibertad, la Administración siempre contará con el aval documental del PIT para objetivar el cumplimiento que el interno realizó del tratamiento y justificar su decisión de proponerle o concederle la salida de permiso o el acceso al tercer grado.

En definitiva, como hemos sostenido en otros trabajos, los profesionales del medio penitenciario nos encontramos ante la titánica tarea de cambiar los pensamientos, emociones y conductas que dieron paso a la comisión de lo que en sentencia viene reflejado en los hechos probados. Se trata de cambiar las actitudes como vías subconscientes que forman los elementos constituyentes de la personalidad del individuo. Sin embargo, en ocasiones, nos limitamos a hacer una observación, más o menos objetiva de las actividades diarias de los internos en el centro sin ir más allá del mero cumplimiento de las mismas, tal y como la función que realizamos necesita y reclama.

El PIT del artículo 20 RP y la forma en la que se viene exigiendo su cumplimiento, constituyen un claro ejemplo de ello. La dinámica del sistema impone la percepción en el interno de que el cumplimiento escrupuloso del listado de tareas y programas que el Equipo Técnico y la Junta de Tratamiento le han asignado llevará inequívocamente a la concesión de permisos, salidas programadas, otros premios y clasificación en tercer grado y libertad condicional subsiguiente. Con esta forma de proceder, se sigue colocando el locus de control del individuo

fuera de sí mismo, fuera de los internos. La responsabilidad ya no es de ellos, pues han cumplido con todas esas actividades que se les impusieron, sino de esa Junta de Tratamiento que aun así no le concede la salida deseada o el acceso a mayores cotas de libertad durante el cumplimiento¹¹¹⁵.

Frente a ello, es necesario explicar a los internos que el PIT es tan sólo el recorrido tratamental que el Equipo Técnico, con el visto bueno de la Junta de Tratamiento, estima beneficioso para su desarrollo personal como ciudadanos; que la valoración sobre su cumplimiento no se realiza de forma automática y que un buen resultado en las actividades desarrolladas no deriva directa e inevitablemente en una mejora regimental en forma de salidas de permiso o acceso al tercer grado. Finalmente, si queremos alcanzar la finalidad del artículo 25.2 CE haciendo de los internos ciudadanos autónomos y responsables de sus actos, la A.P. también habrá de aceptar que su desarrollo personal es posible al margen de sus mandatos. Especialmente, si estos consisten en el desarrollo de actividades tratamentales o terapéuticas que, necesariamente y por respeto a la dignidad de quienes son objeto de ellas, han de contar con su previo consentimiento.

2.2 Permisos e individualización: una relación hoy por hoy imposible

En el Capítulo III de la Parte I abordamos la diferente naturaleza jurídica de los permisos ordinarios y los extraordinarios y vimos cómo la concesión de los primeros conlleva un componente subjetivo importante. Conforme al artículo 47.2 LOGP (art. 154 RP) los permisos ordinarios se conceden «como preparación a la vida en libertad», siendo desfavorable el informe del Equipo Técnico cuando por «la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o por la existencia de variables cualitativas desfavorables, resulte probable el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o una repercusión negativa de la salida sobre el interno desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o de su programa individualizado de tratamiento» (art. 156 RP).

Por tanto, a diferencia de los permisos extraordinarios, los permisos ordinarios se conceden en base al estudio que se hace de la evolución tratamental del interno y la contribución de la salida a la misma. Aspecto que destaca la STC 81/97 al especificar que un permiso ordinario no supone el paso a una

¹¹¹⁵ Para mayor detalle, LACAL CUENCA, P., SOLAR CALVO, P., *Diario La Ley*, 2015, p. 9.

situación de libertad, sino una preparación a la misma, que como tal, se concede o no en función de estimaciones valorativas.

Siendo por ello fundamental la valoración que el Equipo Técnico realiza sobre la evolución de un interno a efectos de una posible salida de permiso, las variables que el artículo 156 RP señala como determinantes para ello –peculiar trayectoria delictiva, personalidad anómala o existencia de variables cualitativas desfavorables– son amplias y de compleja definición. Igualmente, es difícil determinar si la salida de permiso va a cumplir con la finalidad que el RP le asigna –preparar para la vida en libertad–, evitando a la vez tanto el quebrantamiento de la condena, como que dicha salida pueda ser negativa para la evolución del interno. En este contexto, la arbitrariedad a la que la aplicación de la norma puede dar lugar por falta de una mayor precisión, justifica el empleo de la tabla de variables de riesgo (TVR) y la de concurrencia de circunstancias peculiares (CCP) como fundamentos orientadores de la denegación o concesión de una salida. Veamos su contenido con mayor profundidad ¹¹¹⁶.

2.2.1 BREVE DESCRIPCIÓN DE LAS TÉCNICAS ACTUARIALES PENITENCIARIAS

La TVR y la CCP fueron introducidas en la Instrucción 22/96 después de la realización de diversos estudios estadísticos que establecían los factores con más peso en el éxito o fracaso de las salidas de permiso ¹¹¹⁷. Diversas instrucciones y órdenes de servicio posteriores han tratado su corrección y actualización, siendo las Instrucciones 3/2008 y 1/2012 las que abordan de manera más intensa dicha tarea ¹¹¹⁸. En lo que nos interesa, mantienen la TVR en la extensión aplicativa que le daba la norma originaria. Es decir, para el estudio por parte de los Equipos Técnicos de las primeras salidas de permiso. En la valoración de las siguientes, y a pesar de la adaptación que pueda realizarse de la

¹¹¹⁶ Analizan su contenido y concreta aplicación, CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 290-293. FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, pp. 828-832; DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *CPC*, 2016, pp. 248-271.

¹¹¹⁷ El estudio de validación y depuración de la Tabla de Variables de Riesgo en el disfrute de Permisos Penitenciarios de Salida fue dirigido en 1993 por Manuel Clemente Díaz, y se resume en CLEMENTE DÍAZ, M., *Validación y depuración de una tabla de variables de riesgo en el disfrute de permisos penitenciarios de salida*, Madrid: Facultad de Psicología, Dep. de Psicología Social en colaboración con la Subdirección General de Gestión Penitenciaria de la Secretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios, 1993. En el estudio de validación se utilizó una muestra de 912 casos distribuidos en dos grupos –sujetos que no regresaron tras el permiso y sujetos que sí regresaron–. La predicción media fue de 69,52%. Asimismo el modelo clasificó correctamente un 64,52% de los sujetos que no regresaron tras el permiso y un 74,40% de los que sí regresaron.

¹¹¹⁸ Vigente la Instrucción 1/2012, SG.II.PP., ob. cit.

TVR a la situación del interno que ya ha salido de permiso, lo normal será la pérdida de peso de este instrumento, pues se dispone de un dato adicional que pesará mucho más en la concesión de cada nueva salida. Esto es, el uso concreto y comprobado que se haya hecho de la salida inmediatamente anterior.

Comenzando por la TVR, en ella se contempla un listado de variables consideradas estadísticamente influyentes en el éxito de los permisos. Con su empleo se analiza la concurrencia o no de los factores siguientes: extranjería, drogodependencia, profesionalidad, reincidencia, quebrantamiento, aplicación de artículo 10 LOGP, ausencia de permisos, deficiencia convivencial, lejanía en las fechas de cumplimiento, concurrencia o no de presiones internas.

Como vemos, todos ellos guardan relación con alguno de los factores subjetivos que fundamentan la concesión o denegación de la salida de permiso. Esto es, de alguna manera, ayudan a concretar el mayor o menor riesgo de quebrantamiento –como ejemplo, la lejanía del lugar de disfrute del permiso, la existencia de quebrantamientos previos, la apreciación de presiones internas–, el buen uso que se pueda hacer de la salida –la presencia de drogodependencia y/o presiones internas– y el que la misma favorezca el tratamiento del interno como, por ejemplo, a través del fortalecimiento de los lazos familiares y sociales en caso de no existir déficit convivencial o ser éste reparable.

Sin embargo, no todas las variables de la TVR tienen el mismo peso relativo en el resultado global de riesgo. Su diferente relevancia no sólo se establece de manera externa entre todos los conceptos señalados, sino que internamente, según la realidad concreta en que cada variable se manifiesta, el peso específico de la misma es mayor o menor. En concreto, su descripción y valoración se realiza conforme a la siguiente tabla:

1. Extranjería	<ol style="list-style-type: none"> 1. Tener nacionalidad española/ No nacional casado con nacional, con 3 años de convivencia en territorio nacional de forma normalizada, en situación de libertad/ No nacional asentado en territorio nacional con permisos de trabajo y residencia durante 5 años. 2. Perteneciente a país de la CE con buena vinculación y apoyo institucional. 3. No nacional que durante el permiso presenta una vinculación acreditada y solvente de personas o asociaciones que le tutelen durante el mismo. 4. Sin vinculación en el territorio y sin tutela acreditada, ni solvente.
-----------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

5. Drogodependencia	<ol style="list-style-type: none"> 1. No consumidor/ Historia antigua de consumo y/o adicción; rehabilitado con un tiempo de consolidación evaluada de no consumo de 5 años, siendo 1 año como mínimo en situación de libertad o semilibertad. 2. Drogodependencia con consumos esporádicos e intentos rehabilitadores no consolidados con periodos de abstinencia mantenida. 3. Historia de dependencia, sin que se haya producido ningún intento rehabilitador, ni mantenido periodos significativos de consumo en situación de libertad/ Situación de fracasos reiterados en los internos de rehabilitación o escasa motivación en los mismos.
4. Profesionalidad	<ol style="list-style-type: none"> 1. Delitos aislados sin darse los requisitos del punto siguiente. 2. Carrera consolidada que se manifiesta en la presencia de al menos dos de las siguientes referencias: inicio delictivo precoz ('18); dos años mínimos de mantenimiento de conductas delictivas; comisión de al menos 4 delitos; pertenecía a banda organizada o de carácter internacional; actividad delictiva compleja que por su preparación o infraestructura utilizada denota un alto componente delincencial; comisión del delito con armas ilegales; escala de gravedad de los delitos (valorada según la pena impuesta); que siendo varios los delitos cometidos, alguno de ellos se haya producido en prisión.
3. Reincidencia	<ol style="list-style-type: none"> 1. Primer y único delito cometido. 2. Antecedentes penales, bien recogidos en sentencia bien en hechos distintos sentenciados (ej. delitos continuados).
3. Quebrantamiento	<ol style="list-style-type: none"> 1. No existen acciones evasoras de cumplimiento de condena/ Transcurridos 5 años desde evasión en la situación 1/ Transcurridos 10 años desde evasión en la situación 2/ Transcurridos 15 años desde evasión en la situación 3. 2. Evasión en situación de ausencia de custodia (permiso de salida,...). 3. Evasión de cualquier tipo bajo custodia. 4. Si en cualquiera de las situaciones anteriores ha cometido nuevo delito.

<p>5. Art. 10</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. No haber estado en primer grado o en Art.10 LOGP/ Haber transcurrido 5 años desde su clasificación en primer grado o Art.10 LOGP y tener una conducta normalizada. 2. Haber sido clasificado alguna vez en primer grado o Art.10 LOGP, sin haber pasado 5 años/ Haber sido sancionado con 4 o más faltas muy graves firmes en los últimos 2 años.
<p>3. Ausencia de Permisos</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Disfrutar habitualmente de permisos/ Haber disfrutado de permiso en los últimos dos años. 2. No disfruta de permisos/ No ha disfrutado de permisos en los últimos dos años.
<p>3. Deficiencia Convivencial</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Ausencia de datos que objetiven problemáticas de convivencia con sus entornos de pertenencia y/o adquiridos, reflejado en sus relaciones a través de visitas, apoyo económico,... 2. Presencia de signos que evidencien una situación conflictiva de convivencia por ausencia de elementos familiares significativos, desestructuración familiar, situaciones agresivas entre algunos miembros, significativas para el disfrute del permiso.
<p>3. Lejanía</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Si el lugar de disfrute está situado a una distancia inferior a 400 km. del centro penitenciario de cumplimiento, no insular. 2. Si el lugar de disfrute del permiso está situado a una distancia superior a 400 km. del centro penitenciario de cumplimiento.
<p>3. Presiones internas</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Ausencia de cualquier indicio significativo de presiones individualizadas no soportables por el sujeto. 2. Tener aplicado el Art.72 RP, en algún momento en los dos último años, por motivos relacionables con el disfrute de permiso/ Existir denuncia verbal o escrita con identificación nominal de amenazas antes o después de un permiso/ Evidencia de ser objeto de presiones individualizadas con motivo del permiso/ Haber participado en ese centro en algún tipo de pelea o extorsión grave como víctima o agresor.

En segundo lugar, en cuanto al informe CCP, trata de objetivar las variables que el propio artículo 156 RP destaca como especialmente determinantes en la valoración sobre la oportunidad o no de proponer una salida de permiso –peculiar trayectoria delictiva, personalidad anómala o, en general, existencia de variables cualitativas desfavorables-¹¹¹⁹. En concreto, se consideran circunstancias peculiares que el tipo delictivo cometido lo sea contra las personas, de violencia de género o contra la libertad sexual; que el interno pertenezca a organización delictiva, banda armada u organización de carácter internacional; que el delito tenga trascendencia social por apreciarse especial ensañamiento, pluralidad de víctimas o que éstas sean menores de edad o personas desamparadas; que resten más de cinco años para las tres cuartas partes de condena; que el interno sufra algún trastorno psicopatológico con mal pronóstico de reinserción social o ausencia de apoyo exterior; y que exista expediente administrativo de expulsión en caso de que el interno sea extranjero –circunstancia añadida por la Instrucción 1/2012–.

La valoración conjunta de los resultados ponderados de la TVR y la presencia o no de alguna de las circunstancias descritas es la que finalmente sirve de fundamento para motivar o denegar la salida.

Por último, para comprender el mecanismo de funcionamiento de esta técnica actuarial, es necesario tener en cuenta que los propios motivos de denegación y de concesión de la salida que finalmente se notifican al interno también están tasados.

En relación a los primeros, la mayoría de los motivos de denegación se relacionan con los factores de riesgo señalados en la TVR y el informe CCP. Como ejemplo, si concurre la circunstancia peculiar de restar más de cinco años para alcanzar las tres cuartas partes de condena, uno de los motivos de denegación de la salida de permiso será la lejanía de las fechas de cumplimiento. Además, también existen motivos de denegación de la salida de permiso no asociados a las variables concretas de la TVR o el informe CCP. Entre ellos, destacan por su extendido uso, la necesidad de consolidación de factores positivos por parte del interno, el no contribuir la salida a la preparación a la vida en libertad del mismo o la falta objetiva de garantías de que haga buen uso de la salida.

En cuanto a los motivos de concesión del permiso, y excepto para casos excepcionales en los que se considere necesaria una especial motivación –ejemplo de ello, internos en los que se propone la concesión del permiso con un resultado de riesgo en la TVR muy elevado o con concurrencia de varias circunstancias peculiares–, lo normal es que se acuda al motivo genérico de

¹¹¹⁹ LARRAURI, E., ROVIRA, M., ALARCÓN, P., *RECPC*, 2018, p. 4.

preparación para la vida en libertad. Es decir, se traslada al JVP un informe tipo en el que de forma aséptica se refiere que en base al preceptivo informe del Equipo Técnico, la Junta de Tratamiento ha tomado la decisión de conceder la salida de permiso para la preparación de su vida en libertad.

2.2.2 INCIDENCIA SISTEMÁTICA DE SU EMPLEO

El mecanismo actuarial descrito tiene de positivo que permite objetivar el proceso de decisión que se sigue para la concesión o denegación a un interno de una salida de permiso. Las técnicas actuariales ayudan a restringir la amplitud de la norma penitenciaria y aportan parámetros conforme a los que aplicar los criterios tan ampliamente subjetivos que contempla¹¹²⁰. Sin embargo, el empleo de la TVR y la definición de algunos de sus factores no está exento de problemática. A la par, se trata de un mecanismo que encaja mal con la filosofía de fondo que inspira nuestro sistema penitenciario y que no es otra que la individualización de la pena.

En primer lugar, en relación a los errores internos de la técnica descrita, se observa la dificultad de encajar los supuestos de hecho que los internos presentan en las definiciones que la TVR realiza para cada uno de sus factores y las incongruencias prácticas a las que ello da lugar.

Si nos fijamos en la extranjería, su significado en el contexto de la TVR vinculado a la salida de permiso, no se identifica con su definición legal. Con ello, la extranjería se aleja del concepto de nacionalidad y del de residencia regular. De acuerdo a la TVR, se asigna un cero de riesgo en la variable de extranjería a un no nacional casado con un nacional con tres años de convivencia en territorio nacional de forma normalizada y en situación de libertad; y a un no nacional asentado en territorio nacional con permisos de trabajo y residencia durante 5 años. Ello con independencia de que en el momento de valoración de la salida de permiso tengan o no tarjeta de residencia y se encuentren en situación normalizada a efectos de la legislación de extranjería. Este aspecto genera no pocos problemas jurídicos que alcanzan nueva relevancia en el

¹¹²⁰ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *CPC*, 2016, p. 245. Según la definición de MARTÍNEZ GARAY, L., *In-Dret*, 2014, p. 7, «El enfoque centrado en la valoración del riesgo, que es el propio de los procedimientos de predicción estructurados (ya sean actuariales o de juicio clínico estructurado), se basa en las correlaciones existentes entre factores de riesgo claramente establecidos, y el criterio a predecir, también definido con precisión: determinado tipo de comportamiento, violento y/o delictivo, relaciones que estarían demostradas empíricamente o, al menos, serían estadísticamente significativas. Como cada tipo de conducta tiene sus propios predictores específicos, se afirma que la capacidad predictiva cuando se procede de esta manera aumenta considerablemente».

momento de valorar un posible acceso al tercer grado y que tienen máxima expresión en el acceso a la libertad definitiva. Como vimos en el capítulo dedicado a los internos extranjeros, la irregularidad de los internos extranjeros por comisión de delito con condena superior al año (art. 57.2 LOE) es automática y difícilmente reconciliable con el acceso al mercado laboral en condiciones de regularidad. Por ello, sorprende por incongruente que, para los dos casos destacados, el riesgo de quebrantamiento o reiteración delictiva que la extranjería aporta a la salida de permiso se defina conforme a parámetros divergentes a los que luego van a posibilitar la integración tras el cumplimiento de la condena. Es decir, se permite que los internos en las situaciones destacadas puedan acceder a la dinámica de permisos, al ser el riesgo por su condición de extranjeros cero, y sin embargo, una vez se encuentran en la libertad para la que esos permisos les han preparado, no pueden regularizar su situación al contar con antecedentes penales.

Por su parte, los factores de profesionalidad y reincidencia plantean un importante problema al permitir que un mismo hecho se valore de forma acumulativa. De manera general, los factores de profesionalidad y reincidencia tratan de cuantificar la actividad delictiva de los internos: la profesionalidad utilizando parámetros de definición propios; la reincidencia, tomando como referencia criterios de definición jurídicos, pero más generales que los del concepto penal de referencia¹¹²¹. Sin embargo, la amplitud con que la tabla define ambos conceptos hace que se encuentren íntimamente relacionados¹¹²². De manera que, en la práctica y por la definición que la TVR aporta, la concurren-

¹¹²¹ Si atendemos al artículo 22 CP la reincidencia consta en caso de que el culpable, en el momento de delinquir, haya sido condenado por delito comprendido en el mismo Título del CP, siempre que sea de la misma naturaleza. Definición que como vemos restringe en mucho lo que la TVR permite apreciar como reincidencia los supuestos de delito continuado, la comisión de diversos hechos delictivos condenados en una misma sentencia, o los antecedentes genéricos no imputables como reincidencia penal en sentido estricto. Aspecto criticado por FERNÁNDEZ GARCÍA, J., «Las variables de riesgo en la concesión de permisos de salida», en FERNÁNDEZ GARCÍA, J. (Dir.), *La cárcel. Una institución a debate*, Ratio Legis, Salamanca, 2014, p. 130.

¹¹²² Los restantes factores son eminentemente penitenciarios, ligados al propio cumplimiento de la condena (quebrantamiento, aplicación de régimen cerrado y ausencia de permisos previos) y al disfrute del permiso cuya ejecución se valora (deficiencia convivencial, lejanía y presiones internas). Si bien no plantean problemas desde el punto de vista de aplicación, sí que requieren cierta explicación de lo que en la práctica suponen. Así, la deficiencia convivencial relaciona la concesión del permiso con un aspecto muy relevante para su buen disfrute, esto es, la existencia de una red familiar o al menos social de acogida con la que la que el interno se relacione satisfactoriamente. En definitiva, el mismo criterio que determinaba la extranjería, pero aplicado ahora a internos nacionales. Por su parte, la lejanía se refiere al lugar de disfrute del permiso, pues cuanto más lejos se sitúa, más aumentan las posibilidades de no regreso tras la salida. Por último, las presiones internas son aquellas surgidas en la propia prisión, al ser habitual que los internos que salen de permiso sean medio de entrada de objetos prohibidos en la prisión, de modo que las posibilidades de quebrantamiento aumentan a mayor presencia de las mismas por el miedo a regresar a prisión si las expectativas generadas o las promesas realizadas no se cumplen.

cia del factor de reincidencia no siempre conlleva la aplicación del factor de profesionalidad, pero aplicar la profesionalidad, supone aplicar siempre el factor de reincidencia. Por tanto, se trata de conceptos que permiten valorar un mismo hecho de forma acumulativa y que potencian internamente su significado en el resultado final de la tabla de riesgo. Dicho de otro modo, en caso de concurrir en el interno una dilatada trayectoria delictiva y consecuentemente, el factor de profesionalidad, se aplica tanto este factor como el de reincidencia, a pesar de que el factor de profesionalidad conlleva mayor desvalor e incluye necesariamente al de reincidencia.

En segundo lugar, el conjunto de la técnica actuarial descrita –tanto la TVR como del informe CCP y los motivos tasados para la concesión y denegación de la salida de permiso– plantea importantes conflictos con la filosofía de fondo de nuestro sistema penitenciario ¹¹²³.

Comenzando por el listado de CCP, se observa cómo introduce parámetros de valoración propios de sistemas progresivos anteriores al nuestro y ajenos a los principios de flexibilidad e individualización del cumplimiento. Especialmente, a través del empleo de la lejanía del cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena como circunstancia peculiar a tener en cuenta para denegar un permiso. Su aceptación como motivo específico para la denegación de una salida de permiso está consolidada en la jurisprudencia ¹¹²⁴. Se considera que si la fecha de las tres cuartas partes de la condena es todavía lejana en el tiempo, el permiso pierde sentido como instrumento de preparación para la vida en libertad. Sin embargo, por la vía del informe CCP, se introduce un requisito para la salida de permiso –proximidad del cumplimiento de las tres cuartas partes– que no se encuentra previsto ni en la LOGP ni en el RP ¹¹²⁵. Más importante aún, conforme a dicho criterio se da más importancia al mero paso del tiempo de cumplimiento, tan característico de los sistemas progresivos, que a la evolución tratamental experimentada por el interno que solicita la salida. Esto es, prima más la progresión en el cumplimiento que su individualización en función de la evolución tratamental de cada interno. Por último, y como muestra del difícil encaje que encuentra en nuestro sistema la consideración de la proximidad de las tres cuartas partes como requisito para salir de permiso ordinario, su exigencia puede derivar en el sinsentido de ser posible el acceso a algunos tipos de libertad condicional adelantada,

¹¹²³ Resulta especialmente interesante el estudio que lleva a cabo RODRÍGUEZ YAGÜE, C., 2018, pp. 131 y ss., sobre la aplicación de esta técnica actuarial a las penas de larga duración.

¹¹²⁴ Destacan al respecto las SSTC 2/1997 de 13 de enero, 81/97, de 22 de abril y 204/99, de 8 de noviembre y múltiples resoluciones de la jurisdicción de vigilancia como el reciente AJVP de Cantabria de 19.09.17, AAP de Cantabria de 29.11.17 y el AJVP de Castilla La Mancha de 05.01.18.

¹¹²⁵ AJVP de Melilla de 19.06.06, *Jurisprudencia Penitenciaria 2000-2015. Volumen dedicado a los permisos penitenciarios*, ob. cit., pp. 368-370.

concedida antes del cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena, y no a las salidas de permiso que ahora nos ocupan¹¹²⁶. Por todo ello, la doctrina reclama que la interpretación de la lejanía de las tres cuartas partes de cumplimiento se realice de manera armónica con el sistema penitenciario al que pertenece, de manera que se prime la importancia de la evolución que el interno haya experimentado sobre factores meramente temporales¹¹²⁷. Esto último, recordando que los permisos ordinarios no sólo son capaces de preparar la vida en libertad por la cercanía temporal de ésta, sino también mediante una concesión bastante previa a la misma que sirva para rebajar la prisionización y presión ambiental que supone el internamiento. Con ello se reduce la desocialización que todo ingreso en prisión conlleva y se retoman ciertos parámetros de normalización social que el cumplimiento íntegro de condenas largas como la presente hace inviables.

Pero es más, al margen de la valoración que se haga del factor temporal de la lejanía de las tres cuartas partes de la condena, si nos fijamos tanto en el conjunto de los factores que la TVR utiliza –en especial, los factores de extranjería, reincidencia y profesionalidad–, como en otras de las circunstancias que se incluyen en la CCP –principalmente, tipo de delito cometido, trascendencia social y existencia de expediente de expulsión–, se trata de variables estáticas que el condenado difícilmente puede modificar y que casan mal con el carácter evolutivo del tratamiento penitenciario¹¹²⁸. De nuevo, en el mismo sentido que destacábamos para la circunstancia de la lejanía de las tres cuartas partes de la condena, se utilizan parámetros de medición del riesgo que se alejan de la individualización del cumplimiento, pues nada tienen que ver con el tratamiento y la evolución personal que el interno ha podido desarrollar y experimentar a lo largo del mismo. Todo ello, en clara contradicción con la norma penitenciaria. De acuerdo con el artículo 65.2 LOGP, la progresión en el tratamiento depende «de la modificación de aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva; se manifestará en la conducta global del interno y entrañará un acrecentamiento de la confianza depositada en el mismo y la atribución de responsabilidades, cada vez más importantes, que implicarán una mayor libertad». Como vemos, la norma vincula la evolución tratamental de un interno a que el mismo disfrute de mayores cotas de libertad. Para ello parte de la base de que cuanto mejor sea dicha evolución, menor será el riesgo de mal uso de esa mayor libertad. Sin embargo, la técnica

¹¹²⁶ Así lo destaca el AAP de Soria de 26.01.05, *Jurisprudencia Penitenciaria 2000-2015. Volumen dedicado a los permisos penitenciarios*, ob. cit., pp. 252-255.

¹¹²⁷ En este sentido, RENART GARCÍA, F., 2010, pp. 117-118.

¹¹²⁸ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *CPC*, 2016, p. 280; LEGANÉS GÓMEZ, S., «Pronósticos de peligrosidad y reinserción social en la ejecución penitenciaria», *Diario La Ley*, n.º 9017, Sección Doctrina, 10.07.17, p. 3.

actuarial que se utiliza para la medición del riesgo que implica el inicio de las salidas de permiso parte de un interno, hace caso omiso a este espíritu normativo y emplea factores que, por definición, no tienen nada en común con el mismo. Por tanto, en la práctica, la individualización del cumplimiento se hace depender de factores ajenos a la evolución tratamental del interno que en nada dependen del mismo.

Finalmente, el principio de individualización del tratamiento se ve de nuevo afectado porque el uso sistemático del procedimiento descrito provoca un automatismo no deseado por la propia norma que trata de objetivar¹¹²⁹. El máximo exponente de esta circunstancia lo constituye el caso del empleo de la variable de extranjería en la TVR. Su concurrencia, en cualquiera de sus variables, aumenta considerablemente el riesgo de quebrantamiento o mal uso del permiso, con un peso relativo muy superior al del resto de los factores. De manera que, irremediablemente, de tenerse en cuenta esta variable, el resultado total de la tabla se moverá entre el 85 y el 100% de riesgo de quebrantamiento. Lo anterior con independencia de la concreta situación de arraigo del interno extranjero en nuestro país pueda no sólo minimizar, sino incluso anular cualquier intento de fuga. Imaginemos el caso de un interno al que la TVR le asigna un 2 por ser no nacional que durante el permiso presenta una vinculación acreditada y solvente de personas o asociaciones que le tutelan durante el mismo, y que no cuenta con arraigo en su país. Al introducir el número 2 en la variable de extranjería, el resultado de la TVR será de 95% de riesgo de quebrantamiento. Sin embargo, analizada la realidad del caso, el riesgo de que el interno huya durante el permiso a su país de origen es mínimo. Es decir, la TVR y el informe CCP se construyen en torno a una parte de los datos que definen la situación del interno y les adjudican un riesgo de manera automática, sin permitir matizaciones capaces de plasmar la verdadera situación en la que dichos internos se encuentran. Por ello, no es extraño que en la práctica la Junta de Tratamiento, concedora de la situación individualizada del interno, acuerde conceder un permiso ordinario a pesar de, conforme a la TVR, puede mediar un riesgo de quebrantamiento muy elevado. Y a la inversa, también es frecuente que un riesgo bajo o muy bajo de quebrantamiento no case con el estudio realizado por el Equipo Técnico que aprecia otros factores que desaconsejan la salida del permiso.

Igualmente, el mismo automatismo que atribuimos a la TVR es el que muchos JVP critican en los motivos de concesión o denegación de permiso: los

¹¹²⁹ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *CPC*, 2016, pp. 255 y 279; LEGANÉS GÓMEZ, S., *Diario La Ley*, 2017, pp. 3 y 16.

primeros porque en ocasiones resultan muy escasos de cara a la toma de decisión en la autorización definitiva de la salida; los segundos por ser los que originan las mayores controversias en la jurisdicción penitenciaria e indefensión para el interno¹¹³⁰. La utilización de motivos tasados de concesión y denegación de permiso facilita sin duda la labor administrativa al no ser necesario realizar informes explicativos de cada una de las decisiones que ha adoptado, pero resta información a los JJVP sobre las causas concretas que han motivado la decisión que han de aprobar o revocar. Esta cuestión toma mayor relevancia si tenemos en cuenta que muchos de los motivos de denegación de permiso son enunciados subjetivos que no aporta dato alguno –como ejemplo, la necesidad de consolidación de factores positivos por parte del interno, el no contribuir la salida a la preparación a la vida en libertad del mismo o la falta objetiva de garantías de hacer buen uso de la misma–. De ahí que los JJVP sean especialmente críticos en este punto. En este sentido, destaca el AJCVP de 23.07.14 que, consolidando jurisprudencia previa de la AN (AAN Sala de lo Penal 176/2013), sostiene que:

«Se señala como causa de denegación, la “falta objetiva de garantía de buen uso”; ésta fórmula redactada de forma genérica e imprecisa sólo genera indefensión en la parte, pues no permite conocer la causa de dicha conclusión; razón por la que el Centro Penitenciario debió motivar expresamente a qué se refería con la utilización de tal fórmula genérica. Este extremo, por tanto, no se tiene en cuenta por el Juzgado a la hora de pronunciarse sobre el permiso»¹¹³¹.

Como apunta Cervelló Donderis para el conjunto del procedimiento:

«La utilización de esta Tabla ha sido muy criticada por su automatismo numérico alejado del estudio individual propio del tratamiento, porque alguno de los criterios escapan a la voluntad del interno tales como la lejanía de la vivienda o no haber tenido antes permisos, y porque son datos objetivos que se utilizan como posibilidad de riesgo en todo caso, como ocurre con la extranjería o drogodependencia, cuando debería analizarse caso por caso; especialmente en extranjeros el riesgo se dispara, por eso habría que moderarlo para no discriminarlos de su disfrute. Uno de los criterios más utilizados, y por ello más criticado, es el de la denegación del permiso por la lejanía del cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena, lo que no se menciona en ningún texto normativo como

¹¹³⁰ HUESCA, S. M., «Estudio crítico de los permisos de salida en el sistema penitenciario español», *Diario La Ley*, n.º 8923, Sección Tribuna, 16.02.17, p. 2. Como no podía ser de otro modo, para este tipo de procedimientos, se trate de permisos ordinario o extraordinarios, la Disposición adicional 29.2 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, establece como norma general el silencio negativo.

¹¹³¹ *Jurisprudencia Penitenciaria 2000-2015. Volumen dedicado a los permisos penitenciarios*, ob. cit., pp. 315-316.

motivo de denegación y resulta discriminatorio para los condenados a largas penas de prisión que son quienes más necesitan el contacto paulatino con el exterior, de la misma manera también es rechazable la denegación por la gravedad del delito y trayectoria delictiva fundada en la comisión de varios delitos, ya que son criterios ya valorados en la sentencia, como recuerda la SAP Salamanca 13.3.2009»¹¹³².

Conclusión a la que llegan muchas resoluciones judiciales, entre las que destaca el AJVP de Santander de 23.03.15, que se expresa en los siguientes términos:

«Las razones de la Junta no son de recibo. La gravedad del delito la contempla la pena. La lejanía a 3/4 es ajena a la solicitud de permiso pues el interno no está pidiendo la libertad condicional. En cuanto a las variaciones cualitativas desfavorables sin especificar esta Juzgadora ignora lo que son, parecen palabras sin sentido en una T.V.R. que poca luz arroja en los delicadísimos temas penitenciarios»¹¹³³.

El análisis crítico expuesto adquiere mayor relevancia si tenemos en cuenta la falta de fiabilidad predictiva de estas técnicas¹¹³⁴. A pesar de que se destaca la mayor precisión alcanzada por las mismas en los últimos años en la detección y prevención de la peligrosidad o el riesgo de comisión de delitos violentos¹¹³⁵, el estudio realizado por Martínez Garay, L. alerta sobre la altísima tasa de falsos positivos que implican. Así:

«Lo que se observa en esta tabla es que los pronósticos de peligrosidad tienen un grado elevado de acierto cuando concluyen que el sujeto es poco peligroso, mientras que yerran mucho más cuando afirman la elevada peligrosidad del sujeto»¹¹³⁶.

Para el ámbito que nos interesa, la autora destaca los resultados del «Informe sobre la eficacia de las predicciones de peligrosidad de los informes psicológicos forenses emitidos en los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria de Madrid»¹¹³⁷. El análisis abordó los 150 informes que el Psicólogo forense de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria de Madrid había emitido entre los

¹¹³² CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 290-291. De la misma autora, «Peligrosidad criminal y pronóstico de comportamiento futuro en la suspensión de la ejecución de la pena», *La Ley Penal*, n.º 106, 2014.

¹¹³³ *Jurisprudencia Penitenciaria 2015*, ob. cit., p. 333.

¹¹³⁴ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *CPC*, 2016, p. 256.

¹¹³⁵ ANDRÉS-PUEYO, A., ILLESCAS REDONDO, S., «Predicción de la Violencia: Entre la Peligrosidad y la valoración del riesgo de violencia», *Papeles del Psicólogo*, 28 (3), 2007, pp. 157-173.

¹¹³⁶ MARTÍNEZ GARAY, L., *InDret*, 2014, p. 24.

¹¹³⁷ El informe, elaborado por la Psicóloga Forense GÓMEZ HERMOSO, M. R., fue presentado el 20 de septiembre de 2012 en el Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid.

años 2003 y 2006, comparando la predicción de peligrosidad efectuada con la reincidencia real evidenciada después por dichos sujetos¹¹³⁸. Los informes eran los realizados para supuestos de internos con delitos graves y no se discriminó si el JVP los solicitaba con motivo de permisos de salida, libertad condicional o tercer grado. Con estos condicionantes, el número de falsos positivos resultó cinco veces superior al de verdaderos positivos. Dicho de otra manera, en el 80% de los informes en los que se consideró que el sujeto era peligroso la realidad desmintió la predicción¹¹³⁹.

En el mismo sentido, el estudio realizado por Férrez-Mangas y Andrés-Pueyo para el método predictivo que utiliza la Generalitat de Cataluña, el RisCanvi¹¹⁴⁰, concluye en su capacidad de pronóstico para los internos que no quebrantarán, pero no para aquellos que sí lo hacen. De acuerdo con los datos que se aportan:

«Los análisis estadísticos de las valoraciones del RisCanvi, comparando los grupos de estudio fracaso y éxito, muestran que la especificidad entendida como la proporción de sujetos que no han quebrantado ningún permiso y con un resultado negativo –riesgo bajo– en la prueba de valoración del riesgo es del 96,81%, mientras que la sensibilidad definida como la proporción de sujetos que han quebrantado algún tipo de permiso de salida y con un resultado positivo –riesgo alto– en la detección mediante el RisCanvi-S es del 5,13%»¹¹⁴¹.

A su vez, como refieren los autores de este último estudio:

¹¹³⁸ Profundiza en el estudio, GÓMEZ HERMOSO, M. R., «I y II informe sobre la eficacia de la predicción de peligrosidad de los informes psicológicos forenses en los juzgados de vigilancia penitenciaria de Madrid», en LANDA GOROSTIZA, J.-M., 2016, pp. 123-145.

¹¹³⁹ MARTÍNEZ GARAY, L., *InDret*, 2014, p. 27. A su vez, en relación directa con las nuevas tendencias penales, la ciencia actuarial también se ha utilizado en *profiling policial* dando lugar a una expansión de la intervención de del sistema penal no siempre justificable desde el punto de vista de una realidad menos tamizada. Algo así como si se partiese de lo que se pretende para adaptar posteriormente los datos a ese objetivo previamente fijado. Díez RIPOLLÉS, J. L., *Jueces para la democracia*, 2004, pp. 25-42.; HARCOURT, B. E., «Rethinking racial profiling: A critic of the Economics, Civil Liberties and Constitutional Literature, and of criminal profiling more generally», *The University of Chicago Law Review*, n.º 4, 2004, pp. 1275-1381; *Against Prediction: profiling, policing and punishing in an actuarial age*, University of Chicago Press, 2007; y especialmente, IGLESIAS SKULJ, A., BANDARIZ GARCÍA, J. A., «Neoliberalismo y Política Penal. Una aproximación al trabajo de B. E. Harcourt», *Revista en Cultura de Legalidad*, n.º 2, marzo-agosto 2012, pp. 17-30.

¹¹⁴⁰ Se trata de un protocolo multi-escala de valoración del riesgo que permite estimar la probabilidad de ocurrencia de cuatro tipos de riesgos diferentes: el quebrantamiento de condena, la violencia intra-institucional, la reincidencia violenta y la violencia autodirigida. Existen dos versiones del RisCanvi, la versión Completa y la versión Screening. La versión de cribado o RisCanvi Screening está compuesta por diez factores de riesgo además de los factores de clasificación. El resultado son dos niveles de riesgo: Alto y Bajo, que se obtienen mediante un procedimiento actuarial. En este estudio se presentan los resultados obtenidos con el RisCanvi Screening.

¹¹⁴¹ FÉREZ-MANGAS, D., ANDRÉS-PUEYO, A., *REIC*, 2015, p. 23.

«Los protocolos de valoración del riesgo requieren ser sometidos a evaluación y a una constante revisión científica; no basta con su diseño, construcción e implementación, sino que demandan un mantenimiento continuado y sostenido en el tiempo. El avance en la investigación científica sobre el problema que queremos predecir, la mayor comprensión de los mecanismos causantes implicados y la identificación de nuevos factores que influyen en la problemática, hace necesario ese mantenimiento, traducido en un reajuste de los protocolos de valoración del riesgo con el fin de mejorar la precisión en la predicción futura»¹¹⁴².

Esta falta de actualización es particularmente importante en la técnica actuarial analizada. A pesar de que las Instrucciones que las regulan sí que han sufrido ciertas modificaciones, la estructura, composición y funcionamiento de la TVR y CCP sigue siendo la misma que en sus inicios. Por todo ello, Leganés Gómez advierte que:

«Hemos de concluir que esta tabla tiene muchos fallos en cuanto a la predicción de no ingresos de permisos salida, regresando muchos internos que tienen un porcentaje muy alto de quebrantamiento, y no haciéndolo otros con riesgo bajo o medio»¹¹⁴³.

En resumen, la aplicación de la TVR, CCP y los motivos tasados de concesión y denegación han podido servir para delimitar los cauces de discusión sobre las salidas de permiso. Sin embargo, su utilización extiende los efectos de las reformas penales de los últimos tiempos, pues se trata de una técnica actuarial basada en parámetros valorativos que nada tienen que ver con la individualización del tratamiento. El automatismo que se impone hace que olvidemos las características concretas del interno objeto de estudio. De modo que aspectos concretos altamente determinantes en el riesgo de quebrantamiento de un interno, quedan relegados a un segundo plano. Sobre lo errado de esta dinámica y la importancia de que prime la individualización, Martínez Garay señala acertadamente que:

«Estos trabajos ponen radicalmente en cuestión la capacidad de efectuar, en términos numéricos de probabilidades, predicciones mínimamente acertadas sobre individuos concretos, y lo que es más, advierten de que así como los márgenes de error de los parámetros aplicables a los grupos pueden reducirse (aumentando los tamaños de las muestras, y alcanzando mejores definiciones de los factores de riesgo), no cabe esperar lo mismo en relación con la tremenda incertidumbre que rodea las estimaciones de probabilidad para los individuos, porque lo que ésta refleja –como, por otra parte, era de esperar– es la extraordinaria e irreductible variabilidad interindividual»¹¹⁴⁴.

¹¹⁴² FÉREZ-MANGAS, D., ANDRÉS-PUEYO, A., *REIC*, 2015, pp. 24-25.

¹¹⁴³ LEGANÉS GÓMEZ, S., *Diario La Ley*, 2017, p. 13.

¹¹⁴⁴ MARTÍNEZ GARAY, L., *InDret*, 2014, p. 42.

En el mismo sentido, pero destacando sus efectos sobre el tratamiento, Herrero Herrero critica la falta de singularidad que la aplicación de técnicas actuariales implica desde el punto de vista de la ejecución del tratamiento penitenciario:

«No se trataría, pues, para tratar de hacer frente a tales comportamientos antisociales de erradicar nada, pues la conducta delictiva no está enraizada, sino de poner en práctica intervenciones, sobre el individuo así afectado, en orden a reducir el riesgo de conductas violentas, consistiendo aquéllas en mejorar las condiciones de vida del que de este modo se comporta, o aplicando medidas limitantes sobre las vertientes personales creadoras, con probabilidad, de tal riesgo. Utilizando sobre todo, como instrumentos de predicción del precitado riesgo, métodos actuariales (probabilidad estadística) y, raras veces, aportes clínicos estructurados. Naturalmente, surgen, aquí, objeciones fundamentales. V. gratia: ¿Si no se utilizan los medios clínicos, cómo poder acceder, ponderar y explicar lo que de único e intransferible, con respecto a la escasa o nula resistencia a los distintos impulsos (factores) criminógenos, se presenta por parte de este delincuente (delincuente concreto)? O, por el contrario, ¿cómo hallar e individualizar la existencia, en él, de posibles contrafactores o factores de resistencia? ¿Cómo comprender sus preferencias de orientación criminal...?»¹¹⁴⁵.

3. LA INTERVENCIÓN DEL JURISTA: OPORTUNIDADES PARA UNA LABOR CONCILIADORA

Las dinámicas administrativas expuestas –el PIT y la técnica actuarial descrita–, no favorecen a que se alcance el fin que el sistema penitenciario pretende y que el artículo 25.2 CE establece. Es decir, lograr que tras el cumplimiento de la condena, los internos hayan adquirido las herramientas y competencias personales suficientes para llevar una vida libre al margen del delito, como ciudadanos autónomos y responsables de sus actos. De un lado, el uso que en la práctica se ha impuesto del PIT consolida los errores internos del sistema penitenciario. Por propia comodidad o burocratización administrativa, se acaba considerando que el simple cumplimiento del PIT conlleva la mejora tratamental que el mismo trata de objetivar y que, consiguientemente, por su mero cumplimiento los internos son merecedores de la mejora penitenciaria a la que se esa evolución tratamental se asocia –salida de permiso, acceso a tercer grado o acceso a la libertad condicional–. De otro lado, el empleo de la TVR, el informe de CCP y los motivos tasados de denegación o concesión de

¹¹⁴⁵ HERRERO HERRERO, C., *REP*, 2013, pp. 147.

un permiso, se separan de la esencia del sistema al que sirven. La técnica actuarial que conforman se aleja tanto de la individualización del tratamiento, como de la flexibilidad en el cumplimiento de la condena. Con su empleo, se aplican parámetros de valoración que prescinden de la concreta situación y evolución tratamental protagonizada por un interno. De este modo, se dificulta la flexibilidad del cumplimiento, de manera que éste pueda adaptarse a los avances individuales que el interno manifiesta en su tratamiento.

En este punto, es necesario tener en cuenta que las prácticas administrativas descritas no conforman procedimientos aislados, sino que son un mero ejemplo de las actuaciones que con carácter general sirven para la ejecución de nuestro sistema penitenciario. A pesar de que hemos escogido el PIT, la TVR y la CCP, como mecanismos más significativos, concurren otras técnicas empleadas en el medio penitenciario igual de dañinas para los fines de individualización que el sistema se propone y que perpetúan sus fallos de base. Como ejemplo adicional, nos sirven los factores de adaptación y desadaptación que de manera tasada tratan de motivar las progresiones, regresiones y mantenimientos de grado de clasificación. El JVP de Cantabria apunta en su Auto de 10.04.17, específicamente para las resoluciones de la A.P. de mantenimiento en segundo grado, que se trata de escuetísimas alegaciones que se limitan a afirmar de modo cuasi-formulístico aspectos tales como que «no se infiere una evolución suficientemente favorable» o que se necesita «consolidar un periodo de mayor intervención y disfrute de permisos de salida». Entre esas alegaciones que se emplea para justificar un mantenimiento en segundo grado, destaca a su vez el ítem de la «no asunción de la actividad delictiva». Con su empleo se hace tabla rasa de la complejidad que en cada uno de los casos supone el hecho delictivo y se fomenta que los internos digan asumir lo constatado en sentencia con la simple motivación del beneficio penitenciario más inmediato que está en juego¹¹⁴⁶.

Por todo ello, no le falta razón a Mapelli Caffarena cuando advierte que:

«Las labores de tipificación criminológica y terapéutica apenas se practican en la mayoría de los centros (...) En su lugar, un lenguaje matemático cargado de cálculo de probabilidades se pone al servicio de la vigilancia y el control»¹¹⁴⁷.

En esta situación, es urgente que los profesionales de los Equipos Técnicos vayan en sus valoraciones mucho más allá del PIT y de lo que la TVR y la

¹¹⁴⁶ Profundiza en ello, SOLAR CALVO, P., «¿Debe el interno en un centro penitenciario asumir el delito cometido?», *Legal Today*, 14.09.16.

¹¹⁴⁷ MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, p. 101. Destaca la intensa relación entre el empleo de las teorías actuariales y lo que hemos denominado penología del control, VAN ZYL SMIT, D., SNACKEN, S., 2013, p. 106.

CCP les indiquen. Sólo una valoración abierta y de conjunto de la situación penal, penitenciaria y personal de cada interno puede ser lo suficientemente completa para, tan sólo, tratar de acertar sobre la pertinencia del acceso a mayores cotas de libertad. De modo que, si bien las técnicas descritas pueden considerarse instrumentos de ayuda, habrán de entrar en interrelación con otros –observación de los profesionales de vigilancia interior, especialmente interesante al tratarse de momentos en que el interno no se siente evaluado por el Equipo Técnico; entrevistas personales abiertas, mantenidas a lo largo del periodo de cumplimiento y que permitan conocer tanto al interno como su evolución personal; análisis y valoración de todas las circunstancias concurrentes más allá de las señaladas por los instrumentos de predicción, etc.–, siendo la situación en su conjunto y no aquello anecdótico lo que incline la balanza.

De acuerdo con esta postura, Armenta González-Palenzuela y Rodríguez Ramírez se plantean la cuestión de escoger entre la normalización de los procedimientos de valoración y decisión, y su apertura y diversidad, en los siguientes términos:

«Nuestra opinión es que ambas pretensiones son lícitas y deben coexistir. Hay algunos aspectos jurídicos, por ejemplo, que exigen unificación (el caso de faltas sin cancelar, lejanía de las fechas previstas de excarcelación,...). Sin embargo, hay otros aspectos, como puede ser la última estimación del riesgo de comisión de nuevo delito, que debe ser algo sujeto a la diversidad que genera todo equipo interdisciplinar»¹¹⁴⁸.

En la misma línea, Martínez Garay destaca que:

«La doctrina alemana y la jurisprudencia del BGH consideran que una predicción de este tipo –técnicas actuariales– no puede ser nunca un dato suficiente para decidir sobre la peligrosidad del sujeto, sino que tendrá que ser complementada por un estudio completo e individualizado, en el que se tengan en cuenta todas las características relevantes para la valoración de la personalidad del autor concreto y de sus hechos»¹¹⁴⁹.

¹¹⁴⁸ ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F.J. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V., 2006, p. 287. En el mismo sentido unificador, y a pesar de destacar la importancia de contar con buenas técnicas predictivas, diversos autores abogan por sumar la información obtenida de las mismas y aquella obtenida de la observación directa más individualizada. Así, FÉREZ-MANGAS, D., ANDRÉS-PUEYO, A., *REIC*, 2015, p. 6; ANDRÉS-PUEYO, A., REDONDO, S., *Papeles del Psicólogo*, 2007, pp. 157-173, 2007; WARD, T., MARUNA, S., *Rehabilitation: Beyond the risk paradigm*. New York, NY, US: Routledge, 2007; ANDREWS, D. A., BONTA, J., *The Psychology of criminal conduct*. Cincinnati, Anderson, 2010; REDONDO, S., GARRIDO, V., *Principios de criminología*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

¹¹⁴⁹ MARTÍNEZ GARAY, L., *InDret*, 2014, p. 18.

Finalmente, la propia Recomendación (2003) 23 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la gestión de penas perpetuas y de larga duración, recomienda utilizar, en la determinación de la peligrosidad de los informados, tanto los instrumentos de evaluación de riesgo como otros métodos complementarios, atendiendo al margen de error y las limitaciones que los primeros presentan y haciendo hincapié en la necesidad de revisión y actualización periódica de ambos ¹¹⁵⁰.

Por ello, es fundamental relanzar la figura del Jurista. Las dinámicas descritas les han convertido en meros fedatarios de que el procedimiento administrativo se ha llevado a término correctamente. Es decir, que el PIT se ha cumplido o que la TVR se ha realizado, valorado y que acompaña al resto de documentación normalizada que se envía a la autoridad competente para la toma de decisión –Centro Directivo y JVP principalmente–. Sin embargo, se ha olvidado el papel que el aún vigente artículo 281 RP de 1981 le asigna en tanto que profesional encargado de configurar la voluntad de los Equipos Técnicos. De modo que la referida documentación estandarizada siempre vaya acompañada de un informe abierto que explique y adapte su contenido a la situación de cada interno. De acuerdo con dicho precepto, son funciones del Jurista:

«1. Estudiar toda la información penal, procesal y penitenciaria recibida sobre cada interno, realizando la valoración criminológica necesaria para la clasificación y la programación del tratamiento del mismo, emitiendo los informes propios de su especialidad que ha de presentar a las reuniones del equipo.

2. Asistir como vocal a las reuniones del equipo, participando en sus actuaciones y acuerdos y, una vez que sobre cada caso hayan informado todos los miembros del mismo, hacer la propuesta global del diagnóstico criminológico y, en su caso, de programación del tratamiento; previa la discusión y acuerdo correspondiente, redactar, en un momento posterior, la propuesta razonada de destino o el informe final que se ha de remitir al Centro directivo, redacción que se someterá previamente a la aprobación del Subdirector-Jefe del equipo.

3. Redactar, previa discusión y acuerdo correspondiente del equipo, los informes solicitados por las autoridades judiciales, el Ministerio Fiscal y el Centro directivo.

4. Colaborar en la medida posible y del modo que el equipo determine a la ejecución de los métodos de tratamiento.

5. Informar a los internos acerca de su situación penal, procesal y penitenciaria, bien por propia iniciativa, cuando lo crea adecuado, bien a petición del interno, así como a los efectos previstos en el artículo 130.1, siempre que sea requerido para ello por el interno y no ostente vocalía en la Junta de Régimen y Administración.

¹¹⁵⁰ Incluida en la Recomendación Rec (2006) 2 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas.

6. Informar al Director de las instancias y recursos cursados o interpuestos por los reclusos con respecto a sus derechos y situaciones jurídicas.
7. Asesorar jurídicamente en general a la Dirección del establecimiento.
8. Cumplir cuantas tareas le encomiende el Director concernientes a sus cometidos».

A los efectos que reclamamos, nos interesan especialmente las funciones de los apartados 2 y 3. A través de la redacción de informes abiertos y no normalizados, el Jurista da forma jurídica a la voluntad emitida por el Equipo y la Junta de Tratamiento para su entrega a las autoridades administrativas y judiciales que deciden definitivamente sobre las propuestas que estos realizan. De esta manera, dicho profesional justifica de forma individualizada para cada interno, la decisión que colegiadamente se ha adoptado, teniendo en cuenta el fin último de reinserción que la norma penitencia pretende.

Sin embargo, a pesar de su relevancia, esta función del Jurista ha caído en desuso. Como vemos, únicamente se recoge en el RP de 1981, sin que posteriormente se haya realizado intento alguno de actualización y especificación al respecto. De hecho, a pesar de que la propia Instrucción 1/2012 sobre salidas de permiso determina que «cuando el informe final sea discordante con los resultados obtenidos en la TVR se motivará especialmente el acuerdo»¹¹⁵¹, no establece quién ha de realizar esa especial motivación. Esto es, aprecia la necesidad de aportar mayor información que venimos reclamando, pero se queda a medio camino en su intención, pues no señala cómo proceder en tales casos.

En la práctica, la forma de funcionamiento depende en gran parte de la voluntad de los propios Juristas y las dinámicas de trabajo que se establezcan en cada centro penitenciario. No obstante lo cual, se advierte una inercia administrativa que favorece que únicamente se emitan los documentos estandarizados y, sólo en caso de considerarse necesario o reclamarlo el Centro Directivo o el JVP, se procede al envío de información adicional. Como resultado de este proceder, las situaciones que se generan son múltiples. En el mejor de los casos, si efectivamente se solicita información adicional, los procedimientos de decisión se alargan en el tiempo y las resoluciones de concesión o denegación de una salida de permiso o de una progresión a tercer grado tardan más en hacerse definitivas. Pero también puede suceder que no se pida información adicional y que se resuelva sobre el fondo del asunto en base a la documentación inicialmente enviada, aunque esta sea escasa, parcial o no esté debidamente explicada en relación a la situación del interno.

¹¹⁵¹ Instrucción 1/2012, SG.II.PP., ob. cit., p. 9.

Aplicando lo anterior a los permisos ordinarios, imaginemos el supuesto que la Instrucción 2/2012 destaca, es decir, casos en los que la decisión de la Junta de Tratamiento es favorable a una salida de permiso a pesar de que la TVR arroja un notable riesgo de quebrantamiento. Como ejemplo paradigmático, sobresale el caso antes mencionado de internos extranjeros a los que se les aplica el valor 2 en la TVR por tratarse de no nacionales que durante el permiso presentan una vinculación acreditada y solvente de personas o asociaciones que les tutelan durante la salida. A pesar de que la TVR arrojará un riesgo de quebrantamiento muy elevado, la Junta de Tratamiento puede acordar la concesión de la salida solicitada si la evolución del interno es favorable y su arraigo personal y social se localiza en España. De no haberse enviado informe adicional explicando estos pormenores, lo lógico es que el JVP no autorice la salida del permiso propuesta por aquella.

Igualmente, pensemos en supuestos en los que concurre en el informe CCP la circunstancia peculiar de haber cometido delito contra las personas, de violencia de género o contra la libertad sexual. Si no se trasladan datos sobre la evolución tratamental protagonizada por el interno –principalmente, realización de programas específicos relacionados con el delito– y la oportunidad que representa la salida para consolidar dicha evolución, no son pocos los autos de JJVP que revocan el acuerdo que la Junta de Tratamiento ha adoptado por falta de información suficiente para conceder la salida de permiso que dicho órgano propone. Como ejemplo, el AJVP de Cantabria de 28.11.17, que revoca el acuerdo de la Junta de Tratamiento de concesión de un permiso penitenciario a un interno condenado por delito contra la libertad sexual, por «no constar estudio justificativo del mismo», a pesar de haberse enviado la TVR y el CCP ¹¹⁵².

Y lo mismo sucede con las progresiones de grado. En trabajos anteriores, ya hemos reclamado la importancia de la función del Jurista en relación específica con las propuestas que se realicen de progresión al tercer grado. Ello como vía para justificar a la autoridad administrativa y judicial la modalidad concreta de régimen abierto que se propone, dentro de la flexibilidad que la norma permite. Si algo caracteriza el régimen abierto es la enorme amplitud de la norma para permitir la adaptación del régimen a las necesidades que se detecten en el interno. Ello en consonancia con el principio de flexibilidad del artículo 100.2 RP y con otras previsiones normativas que tratan de evitar una excesiva rigidez jurídica, de modo que sea el interno, su evolución y características, las que marquen y hagan suyo el régimen efectivamente aplicable, las salidas de las que disfrute y el modo de ejecución de la pena de prisión en que

¹¹⁵² En la misma línea, el AJVP de Cantabria de 28.02.17.

todo ello definitivamente deriva. No obstante, esta amplitud normativa implica también determinadas responsabilidades profesionales. Con carácter general, la ubicación de los internos en un determinado grado debe estar suficientemente motivado. Pues bien, esta motivación es aún más necesaria en relación a los acuerdos de aplicación y concreción de un determinado tipo de tercer grado. Ello por el importante paso que, en términos de cotas de libertad, implica para los internos y, a la inversa, por los importantes riesgos que su mal uso conlleva. Por ello, a pesar de la estandarización de muchos de los informes que se envían al Centro Directivo y a los JJVP, es necesario recordar la importancia de informes abiertos que transmitan la verdadera evolución de los internos al margen de catalogaciones excesivamente burocratizadas¹¹⁵³. Lo anterior en la misma línea que los JJVP vienen reclamando al respecto. Como vienen defendiendo de modo unánime:

«1.º Los acuerdos de la Junta de Tratamiento de asignación a un penado en tercer grado de una específica modalidad de vida que regula el artículo 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»¹¹⁵⁴.

En la línea que sostenemos, Cervelló Donderis apunta el necesario cumplimiento del artículo 281 RP del 81 en cuanto a la elaboración de informes abiertos por parte de los Juristas en relación a una serie de hitos penitenciarios que enumera –entre otros, propuesta de clasificación y destino, propuesta de concesión de permiso, propuesta de levantamiento del periodo de seguridad, propuesta de concesión de libertad condicional-¹¹⁵⁵. Como indica Téllez Aguilera la labor del Jurista, «como su nombre indica, debe estar en conocer el Ordenamiento jurídico y asesorar al centro penitenciario sobre sus actuaciones administrativas y no en quedar convertido en un mero reproductor de datos o colaborador secundario en tal o cual actividad terapéutica»¹¹⁵⁶. De modo que si bien la función del Jurista debe adquirir un peso específico mayor en tanto

¹¹⁵³ SOLAR CALVO, P., «Tercer grado penitenciario (...)», *Diario La Ley*, 2016 A, p. 12.

¹¹⁵⁴ VV. AA., *Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los JJVP en su XIX reunión*, CGPJ, Madrid, 2010.

¹¹⁵⁵ CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 388-392, ofreciendo incluso un esquema orientativo sobre el contenido de dicho informe. Ello a pesar de que a partir del RP de 1996 el Jurista de II. PP. no tiene porqué ser licenciado en Criminología. El auge actual de los estudios de grado en Criminología y su escasa salida en el ámbito laboral de la Administración Pública, está llevando a reclamar la creación de puestos específicos para Criminólogos en el medio penitenciario o la recuperación de la figura originaria del Jurista-Criminólogo. Así, FANEGA, M., *La idoneidad del criminólogo en la Administración Penitenciaria*, Criminología y Justicia, 2016.

¹¹⁵⁶ TÉLLEZ AGUILERA, A., *ADPCP*, 1999, p. 335.

que órgano asesor del propio centro penitenciario, su labor tratamental es también útil en cuanto dé el salto cualitativo que aquí reclamamos. La elaboración de informes de corte jurídico sobre la evolución protagonizada por el interno permite realzar lo que constituye la finalidad constitucional de la labor penitenciaria y encaja el trabajo terapéutico realizado por los restantes miembros del Equipo Técnico en el cauce normativo adecuado.

Teniendo en cuenta lo expuesto, son tres las ideas que sustentan la propuesta que realizamos. En primer lugar, como hemos apuntado, sólo mediante la redacción de informes abiertos que lleguen al fondo de los asuntos, las autoridades competentes podrán resolver las propuestas de las Juntas de Tratamiento con verdadero conocimiento de la situación de los internos. Y sólo de esta manera es posible, en caso de recurso contra una resolución administrativa, que se satisfaga la garantía de la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)¹¹⁵⁷. Esto es, que la autoridad judicial tenga conocimiento completo del supuesto de hecho que fiscaliza. En el sentido que reclamamos, el Anteproyecto de reforma de la LOGP de 2005 recogía en su artículo 78.1 sobre el procedimiento ante el JVP:

«En el procedo ante los JJVP serán parte los internos, el Ministerio Fiscal y la Administración Penitenciaria, representada por sus propios servicios jurídicos».

En segundo lugar, en íntima relación con la problemática interna de nuestro sistema penitenciario expuesta la Parte I de este trabajo, la redacción consensuada de los informes del Jurista permitirá corregir y reorientar aquellas decisiones que se alinean con los errores internos que el propio sistema genera. Exponer en informes abiertos la valoración multidisciplinar de cada interno facilita que la valoración que se realiza sobre el mismo vaya ir más allá de la mera constatación del cumplimiento regimental o la realización acumulativa de actividades que los estos hayan llevado a cabo. Como acertadamente refiere Gallego Díaz:

«Los beneficios penitenciarios, como instituciones basadas en la prevención especial –lo que nosotros relacionamos con el inicio de la trayectoria de reinserción–, deben concederse al interno después de un estudio en el que se valore no sólo su conducta penitenciaria y la realización de determinadas actividades, sino también, y sobre todo, su evolución desde la perspectiva de la reeducación y reinserción social atendiendo a una evaluación seria y científica de su futura trayectoria de conducta»¹¹⁵⁸.

¹¹⁵⁷ HUESCA, S. M., *Diario La Ley*, 2017, p. 2.

¹¹⁵⁸ GALLEGO DÍAZ, M., *REP*, 2013, p. 113.

Lo anterior, a pesar de la dificultad que apuntan Asencio Cantisán, Prats Canut y Tamarit Sumalla sobre establecer con criterios científicos una adecuada prognosis de peligrosidad criminal. Pero, en el mismo sentido que estos autores defienden, dicha dificultad no debe hacernos renunciar a cumplir el mandato constitucional que informa el cumplimiento de las penas, apostando «en favor de criterios de prevención especial, frente al mero castigo desprovisto de finalidad real alguna»¹¹⁵⁹. Como acertadamente indica Leganés Gómez, «el hecho de que el informe se asiente en una valoración subjetiva (en conciencia), no quiere decir que no se realice, como base de la valoración, un análisis objetivo de variables concurrentes (nivel jurídico, psicológico, social, etc.). Lo que ocurre es que la acumulación de datos objetivos sobre un interno no determina matemáticamente el resultado»¹¹⁶⁰.

Por último, en relación con el contenido de las reformas penales abordadas en la Parte II, que tan intensamente han afectado a nuestro sistema de ejecución, la realización de informes abiertos por parte del Jurista facilitará fundamentar, cuando sea necesario, la aplicación de las diversas formas de cumplimiento que nuestro sistema prevé, permitiendo así una auténtica individualización en la ejecución de la condena en el sentido que Cámara Arroyo y Fernández Bermejo reclaman¹¹⁶¹. Con ello, se podrá defender la necesaria aplicación del principio de flexibilidad en el caso concreto que se aborde. En definitiva, este giro procedimental que consideramos fundamental será la mejor herramienta en nuestras manos para recordar la finalidad constitucional a la que el trabajo penitenciario está llamado y reclamar el apoyo de las autoridades implicadas en la adopción de la decisión. Como señala García Magna, durante el periodo 2004-2012 sí se consiguieron contra restar penitenciarmente los excesos punitivos:

«Los datos que se presentan en el informe ODA 2010/2011 parecen confirmar la hipótesis de que en las dos últimas legislaturas se ha pretendido profundizar en el enfoque rehabilitador de la pena de prisión desde la política penitenciaria con iniciativas dirigidas a favorecer la excarcelación y la reinserción social de los reclusos. Sin embargo, ello no parece casar bien con un modelo penal que abusa del recurso a la pena de prisión y, en consecuencia, produce cada vez más población penitenciaria. En efecto, como afirman los expertos, las estrategias de política criminal de la última década configuran un sistema que hace fácil la entrada en prisión y dificulta la salida (con una aplicación excesiva de la prisión

¹¹⁵⁹ ASENCIO CANTISÁN, H., *Revista Jurídica La Ley*, 1989, p. 998; PRATS CANUT, J. M., TAMARIT SUMALLA, J. M., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 4.ª ed., Aranzadi, Navarra, 2005, p. 534.

¹¹⁶⁰ LEGANÉS GÓMEZ, S., *Diario La Ley*, 2017, p. 12.

¹¹⁶¹ CÁMARA ARROYO, S., FERNÁNDEZ BERMEJO, D., 2016, p. 239.

preventiva, sobre todo a inmigrantes y en delitos contra el patrimonio y relacionados con drogas, un escaso uso de las penas alternativas, el abuso de penas de prisión largas y las pocas facilidades para reducir condena). Los cambios que se han producido en la política penitenciaria, sin embargo, parecerían estar apuntando una tendencia más incluyente y menos punitiva, aunque cabría plantearse si realmente es un intento de resistir a la deriva punitiva que ha tomado la política criminal española o si únicamente se trata de proyectar una imagen que contrarreste la irracionalidad que caracteriza a las políticas populistas de los últimos años (...) En cualquier caso, al margen de los motivos de esta política penitenciaria, no podemos dejar de percibir que en los últimos años parecen querer compensarse los excesos punitivos de una política criminal expuesta a la luz de la opinión pública y a los vaivenes del juego electoral»¹¹⁶².

Todo ello, en pos de la finalidad última de nuestro sistema penitenciario recogida en el artículo 25.2 CE y consistente en lograr que tras el cumplimiento de la condena, los internos hayan adquirido las herramientas y competencias personales suficientes para llevar una vida libre al margen del delito, como ciudadanos autónomos y responsables de sus actos. Recordando el concepto de resocialización aportado por Mir Puig, en un Estado que respeta la dignidad del condenado, la resocialización ha de ser entendida como participación del sujeto y no como imposición de un determinado sistema de valores. Por ello, se debe desarrollar una intervención penitenciaria que proporcione a los internos la capacidad y la voluntad de llevar una vida responsable y la positiva utilización de las capacidades individuales y los bienes sociales¹¹⁶³. De manera que este criterio sea el que defina el modo de cumplimiento de cada condena y el momento de acceso a la trayectoria de reinserción –permisos, tercer grado y libertad condicional– y no, como sucede actualmente, criterios diferentes a la individualización científica, introducidos en las sucesivas reformas penales que desde 2003 se vienen produciendo.

En un contexto legislativo tan volátil como el actual, parece que recordar el significado del artículo 25.2 CE y su vigencia en términos jurídicos, no sólo es necesario sino urgente y justo.

¹¹⁶² GARCÍA MAGNA, D., «Realidad y Política Penitenciarias», *REIC*, Recesión 2, n.º 10, 2012, pp. 6-7.

¹¹⁶³ MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en un Estado social y democrático de Derecho*, Bosch, Barcelona, 1982, p. 23.

CONCLUSIONES

1. La pena privativa de libertad se ha ejecutado mediante diversos sistemas penitenciarios. De entre ellos, destacan especialmente los sistemas progresivos configurados bajo las siguientes premisas: el total de la condena se divide en fases de cumplimiento; el tiempo de permanencia de los internos en cada una de esas fases se determina de manera proporcional a la cuantía global de la condena impuesta; cada fase de cumplimiento está dotada de un contenido concreto establecido previamente y de modo general para el conjunto de los reclusos –aislamiento, oración, trabajo, etc.–; todos los internos han de transitar por todas las fases de cumplimiento; dicho tránsito constituye un retorno paulatino y ascendente a mayores cotas de libertad. La finalidad humanitaria característica de estos sistemas se manifiesta especialmente en nuestro país. La tradición correccionalista cuenta en él con numerosos representantes, destacando la labor desarrollada por numerosos penitenciaristas, entre los que sobresalen Salillas, Cadalso, Montesinos, Arenal y Kent. La herencia de su labor y el momento de optimismo histórico en el que se redacta la LO 1/1079, General Penitenciaria, hacen que nuestro sistema penitenciario vaya más lejos que sus antecesores. Primero, porque su diseño de cumplimiento trata de adaptarse a las necesidades de cada interno, respondiendo a lo que se conoce como sistema de individualización científica. Segundo, porque en función de lo anterior, el régimen de cumplimiento se somete al tratamiento penitenciario, que se convierte así en el núcleo de la ejecución de la pena de prisión.

2. El sistema de individualización científica se rige por tres principios rectores. En primer lugar, parte de la proclamación constitucional de la prevención especial como finalidad primordial de la pena privativa de libertad (art. 25.2 CE). Aunque se trata de una proclamación de efectos limitados –el

TC ha señalado que la reinserción no es un derecho susceptible de amparo, a la vez que admite la concurrencia de otros fines de la pena— hay unanimidad en su importancia como parámetro de constitucionalidad respecto de la configuración legal que adopte la pena privativa de libertad. De modo que ésta ha de estar orientada a posibilitar el retorno a la vida social normalizada de los condenados. Sentado lo anterior, nuestro sistema de cumplimiento trata de dar cumplimiento al mandato constitucional mediante otros dos principios internos. El primero, el que proclama el sometimiento del régimen, esto es, de las normas que ordenan el devenir diario de la vida en prisión, a las necesidades del tratamiento. De manera que la regulación de la vida en prisión no busca la seguridad por la seguridad, sino únicamente la seguridad necesaria para crear el ambiente adecuado al desarrollo de las actividades tratamentales que se pauten (arts. 71 LOGP, 73 RP). El segundo, el principio de flexibilidad, que a diferencia de los sistemas progresivos, permite situar al interno en aquella fase de cumplimiento —primer, segundo o tercer grado— que más se adapte a las necesidades tratamentales del mismo, sin el tránsito obligatorio por cualquier otra fase (arts. 72.4 LOGP, 104.3 y 100.2 RP). Por tanto, el concepto central sobre el que pivota nuestro sistema penitenciario es el de tratamiento, cuyo contenido ha sufrido una importante evolución desde su versión más clínica en la LOGP hasta la más integradora y social del RP, que permite actualmente poner en práctica las técnicas que se consideren precisas para lograr el objetivo del artículo 25.2 CE con cada interno. En cuanto a sus resultados, los datos, en una primera impresión, parecen avalar el buen funcionamiento del sistema de individualización científica, pues indican que el quebrantamiento de condena y mal uso de permisos son mínimos, casi anecdóticos. A su vez, el ambiente de las prisiones ha mejorado desde la promulgación de la LOGP, rebajando de forma ostensible la conflictividad.

3. No obstante lo anterior, no se trata de un sistema perfecto. En primer lugar, el principio de subordinación del régimen al tratamiento quiebra en relación a los internos clasificados en primer grado —régimen cerrado— y los internos preventivos. Así lo demuestra el intenso aislamiento al que se ven sometidos los primeros, la inaplicación generalizada del tratamiento de los segundos, y la exclusión de ambos grupos de internos de la posibilidad de disfrute de permisos ordinarios. En segundo lugar, el principio de flexibilidad no impide la conservación de parte de las limitaciones temporales típicas de los sistemas progresivos. Este aspecto destaca especialmente en los supuestos de los arts. 103.7 y 104.3 RP que permiten el acceso al tercer grado de internos que no tienen cumplida la cuarta parte de la condena, a los que sin embargo, se les veta el acceso a los permisos ordinarios por carecer del requisito temporal que

se exige a tal efecto. A su vez, la excesiva equiparación del régimen y el tratamiento a lo largo de toda la norma penitenciaria, acaba provocando una situación contraria tanto a lo que el artículo 25.2 CE se propone realizar –hacer de los internos ciudadanos responsables y autónomos–, como a las garantías jurídicas de los internos. De un lado, que el régimen deba servir al tratamiento deriva en que el mero cumplimiento de la normativa se considere como actividad de tratamiento. Con ello, las expectativas respecto de los internos se rebajan en tal medida, que el simple hecho del cumplimiento de la norma se valora como evolución de carácter tratamental merecedora de una progresión de grado. De otro lado, si el régimen se subordina al tratamiento y si el cumplimiento de aquel se equipara incluso a éste, la conclusión es que el régimen como tal es algo bueno en sí mismo para el interno, adjudicándole así un alto valor terapéutico y una escasa incidencia en los derechos del penado. Esta visión absolutamente idealizada de lo que conlleva la estancia en prisión, resulta en la imposición de cierto *buenismo penitenciario* según el cual todo lo que la institución demanda al interno es por definición favorable y adecuado para él. En el aspecto más tratamental, ello viene a justificar sutilmente la obligatoriedad del tratamiento, y en el plano más regimental, tiende a provocar una rebaja importante de los derechos y garantías de quienes se encuentran en prisión.

4. A la degradación del estatus jurídico de los internos contribuye sin lugar a dudas la pervivencia del concepto de relación de sujeción especial. Formalmente superado, el mismo sigue vigente en las consecuencias que implica sobre los derechos de los internos en tres ámbitos de especial alcance para los mismos: el régimen disciplinario con un principio de legalidad difuso y un principio *non bis in ídem* que resulta sistemáticamente incumplido; las limitaciones regimentales del artículo 75 RP que configura un nuevo tipo de aislamiento no recogido en la LOGP; y el régimen FIES, que, en contra de la jurisprudencia del TS que exige su anclaje legal, continúa regulándose a nivel reglamentario. En este contexto, se incumple el mandato del artículo 25.2 CE que proscribe limitar los derechos de los condenados a pena privativa de libertad más allá de lo que la ejecución de la pena requiera. A la vez, el mensaje tratamental que se lanza a los internos es del todo contradictorio con los fines que el sistema penitenciario se propone alcanzar. Si el objetivo del tratamiento es lograr ciudadanos autónomos y responsables, iguales a los ciudadanos libres una vez se produzca la excarcelación, no se trabaja en ese sentido cuando en paralelo se les transmite la idea de que son ciudadanos de segunda a los que la norma aplica un vara de medir garantías diferente a la del común de los ciudadanos. Con ello, se refuerza su enfrentamiento institucional y se fomenta

una especie de indefensión aprendida conforme a la que, hagan lo que hagan, la institución siempre encontrará la manera de imponer sus planteamientos.

5. La situación global es aún más preocupante si tenemos en cuenta el régimen de recursos que la Disposición Adicional 5.^a LOPJ regula. Además de las incongruencias terminológicas que provoca una ubicación ajena a la norma penitenciaria, se establece un régimen de recursos también incongruente. Primero, porque, al no discriminar sobre la importancia de lo recurrido, incide en detalles intrascendentes para no abordar los auténticos problemas de los internos –una sanción disciplinaria no es susceptible de recurso de apelación, mientras que la desestimación de una queja de contenido libre establecido al albur de cada interno sí lo es–. Segundo, porque se establece un procedimiento acumulado a otros –los eminentemente administrativos y los propios del Defensor del Pueblo–, dando lugar a un régimen de protección híper garantista, que, de nuevo, trastoca el mensaje tratamental que se lanza a los internos. En lugar de como ciudadanos responsables, educamos a los internos como sujetos demandantes. Con ello, la Administración Penitenciaria lleva su actuación paternalista hasta los últimos extremos.

6. A pesar de estos desajustes internos del sistema de individualización científica, lo cierto es que hasta hace unos años Derecho Penal y Derecho Penitenciario caminaban en una misma dirección. El primero, tratando de respetar a los principios de humanidad y proporcionalidad de las penas, permitía la existencia de un sistema penitenciario flexible y adaptado a las necesidades individuales de cada condenado, aun con los errores internos que hemos señalado. En la actualidad, dos son las tendencias normativas que han cambiado radicalmente el panorama al que nos enfrentamos y que hacen que el Derecho Penitenciario y el Derecho Penal ya no confluyan. Primero, *la descarcelación*, movimiento que tiene su auge en los años 70 y que en base a los fallos del ideal rehabilitador, provocó el nacimiento de las medidas alternativas a la prisión. Segundo, *el populismo punitivo* que desde los años ochenta ha configurado un Derecho Penal que tiende a la seguridad absoluta y que desemboca en lo que Jakobs ha bautizado como *Derecho Penal del enemigo*. El hecho de ambos movimientos se sucedieran en el tiempo ha derivado en una expansión del Derecho Penal, tanto por la mayor aplicación de la pena privativa de libertad, como por el castigo penal de conductas cada vez más leves a través de las medidas alternativas a la prisión que, paradójicamente, tienden a convertirse frecuentemente en medidas acumulativas a la misma. La normativa penal española, especialmente cambiante, constituye un ejemplo paradigmático de los efectos combinados de ambos movimientos. Con ello, las disfunciones que se producen entre la misma y la norma penitenciaria son inevitables.

7. La primera fricción entre el Derecho Penal y el sistema penitenciario se produce de la mano de la LO 7/2003 para el cumplimiento íntegro y efectivo de las condenas y su incidencia sobre el tercer grado penitenciario. De un lado, esta ley introdujo el periodo de seguridad, restringiendo las posibilidades que el principio de flexibilidad conlleva. De otro lado, mediante los requisitos de abono de la responsabilidad civil y repudio de la actividad delictiva, profundizó en el fallo principal de nuestro sistema de cumplimiento, al fomentar que los cambios en el comportamiento de los internos se deban más a la búsqueda del beneficio penitenciario que pretenden obtener de los mismos que a una verdadera voluntad de transformación. A su vez, por influencia *del Derecho Penal del enemigo*, establece por primera vez una serie de requisitos específicos para determinados tipos de delincuencia –especialmente, la terrorista y la vinculada a las organizaciones criminales– que hacen cuasi imposible el acceso normalizado de los penados a la trayectoria de cumplimiento penitenciaria.

8. El segundo impacto sobre el sistema penitenciario se produce a través de las medidas alternativas, introducidas bien a través de las múltiples modificaciones de la Parte General del CP, bien asociadas a determinados delitos –en especial, los de violencia de género y contra la seguridad vial–. En los supuestos en que pena privativa de libertad y medida alternativa confluyen sobre un mismo interno, el sistema penitenciario se ve trastocado de manera profunda. Dado que se interpreta que el artículo 73 CP permite su cumplimiento acumulado, es habitual que a un interno que cumple una pena privativa de libertad, se le ejecute en el mismo centro penitenciario, una pena de localización permanente, o de trabajos en beneficio de la comunidad, e incluso se le imponga participar en el programa de tratamiento asociado a una condena suspendida diferente de la que provocó su ingreso en prisión. Además de la incoherencia que ello supone con lo que las medidas alternativas por definición pretenden, se provocan prácticas del todo inconsistentes con lo que constituye el objeto de la LOGP y su finalidad principal. Por ejemplo, la valoración del cumplimiento de una medida alternativa durante su ejecución concurrente con la pena privativa de libertad –imaginemos la realización en prisión de un programa de violencia de género impuesto como condición para la suspensión de una condena– se tiene en cuenta en el estudio de progresión de grado en la pena privativa de libertad que se está cumpliendo. Lo anterior, aunque ésta derive de un delito de tráfico de estupefacientes, esto es, de una conducta de naturaleza absolutamente diferente a la que dio lugar a la condena en suspenso. Igualmente, tiene muy poco sentido que un interno que accede al tercer grado deba cumplir una medida alternativa de manera concurrente con dicho régimen de semilibertad. En contra de la valoración que el Equipo Técnico ha

realizado sobre su evolución y las garantías que ofrece para vivir en semilibertad, dicha medida coartará necesariamente su libertad más allá de lo que el régimen abierto supone.

9. Una distorsión aún mayor sobre el sistema penitenciario la produce la nueva configuración de la libertad condicional como medida alternativa. El cambio introducido en la reforma de 2015 equipara nuestra normativa a la de otros ordenamientos que consideran la libertad condicional como medida alternativa al cumplimiento. Se trata de la consecuencia de conjugar *populismo punitivo* y *descarcelación*, y del afán de encontrar medidas alternativas suficientemente duras con que contentar a la opinión pública. Por ello, a pesar de implicar un periodo previo de internamiento efectivo, la libertad condicional pasa a catalogarse conceptualmente como alternativa a la pena privativa de libertad en tanto que suspensión de una parte de la misma. Paradójicamente, esta conversión de la libertad condicional en medida alternativa a la prisión endurece su régimen de cumplimiento respecto del que resultaba de su consideración como periodo de cumplimiento de la pena. Además de las incoherencias terminológicas, de competencia y procedimiento que caracterizan la nueva regulación de la libertad condicional, su configuración bajo los parámetros de la suspensión de la condena provoca situaciones insólitas desde el punto de vista jurídico. En primer lugar, en contra de toda lógica, el hecho de que el tiempo de libertad condicional sea independiente de la cuantía de la condena impuesta perjudica enormemente a los internos con penas cortas y provoca una situación de injusticia material que se hace palmaria en el cómputo del tiempo requerido para la cancelación de los antecedentes penales. En segundo lugar, se trata de una institución cuya naturaleza se desdibuja sin asumir una configuración completa. De un lado, en caso de cumplirse los requisitos impuestos, el tiempo de libertad condicional cuenta como tiempo de cumplimiento. De otro, para el supuesto de revocarse la misma, el tiempo transcurrido en libertad condicional se considera como tiempo de suspensión. Finalmente, el panorama general que resulta tanto de la duración de la libertad condicional como del régimen de revocación hace que, en contra del diseño general de la LOGP, sea preferible la permanencia en tercer grado al acceso a una libertad condicional con duración y resultados más inciertos. En otro orden de cosas, la nueva regulación de la libertad condicional continúa la senda iniciada por la LO 7/2003 y confirma la adhesión de nuestro CP a los postulados *del Derecho Penal del enemigo*. Si la LO 7/2003 vetó la aplicación de las libertades condicionales cualificada y supercualificada para los condenados por delitos terroristas o cometidos en el seno de organizaciones criminales, la LO 1/2015 mantiene esta prohibición (art. 90.8 CP), a la vez que la amplía, pues la nueva modalidad de

libertad condicional que introduce es inaplicable no sólo a aquellos sino también a los delincuentes sexuales (art. 90.3 *in fine*).

10. Uno de los motivos de esta nueva configuración de la libertad condicional tan contraria a su diseño en la LOGP es insertarla en el proceso de revisión de la pena de prisión permanente, con el propósito de dotar a ésta de una aparente constitucionalidad. Regulada en el artículo 36 CP, el artículo 92 CP permite específicamente su revisión-suspensión a través de una nueva modalidad de libertad condicional. La prisión permanente y la libertad condicional que se le asocia aumentan los tiempos de cumplimiento para el acceso a los permisos penitenciarios, al tercer grado y a la propia libertad condicional, dando lugar a una forma de cumplimiento que recuerda enormemente a los sistemas progresivos más tradicionales y que se aleja de la flexibilidad que caracteriza a nuestro sistema. Sin embargo, en el orden penitenciario, se aprecian razones específicas para la inconstitucionalidad de esta pena, en la medida en que se dificulta enormemente que el fin de resocialización del artículo 25.2 CE pueda ser alcanzado. En el caso más favorable, los tiempos de cumplimiento progresivo que se determinan –8 años para el acceso a permisos, 15 para el tercer grado y 25 para la libertad condicional– resultan excesivamente largos. El choque inevitable entre la realidad carcelaria y la normalizada y las dificultades de adaptación que esas diferencias conllevan y que irremediamente se presentan en los internos, acentúan su ansiedad por acabar cuanto antes con el cumplimiento de la condena, paradójicamente, cuando se disfruta de regímenes más benévolos. Por ello, no es recomendable iniciar la dinámica de salidas de permiso ordinario si la perspectiva de acceso al tercer grado es lejana. A la vez, por esa cadencia temporal que inexorablemente se establece, tanto los permisos como el tercer grado pierden su capacidad de servir de instrumentos para la preparación de la libertad. En este contexto, es altamente probable que se produzca un fracaso tratamental y que, por ello, la pena sea efectivamente perpetua. Contribuye a ello, la ausencia de diseño legal de un mecanismo de revisión de la pena suficientemente objetivo. De manera que, en conjunto, ni existe una expectativa de puesta en libertad, ni hay una posibilidad real de revisión de la pena.

11. Finalmente, dos colectivos fundamentales reclaman nuestra atención por su incidencia en el sistema penitenciario: el de los internos extranjeros y el de las víctimas de los delitos. En cuanto a los primeros, los extranjeros condenados por comisión de delito, la prioridad que la norma otorga a su expulsión dificulta enormemente el desarrollo de la labor penitenciaria de reinserción. Si la situación previa a la LO 1/2015 ya era preocupante, la nueva posibilidad de expulsar a los extranjeros en situación regular, los convierte en

enemigos del sistema, reduce sus garantías jurídicas y cercena las posibilidades de ejecución tratamental en relación con un número cada vez más alto de los internos que conforman la población penitenciaria. Desde nuestro punto de vista, la única posibilidad de que la labor penitenciaria pueda desarrollarse en relación a este numeroso grupo de internos, consistiría en otorgar auténtica relevancia normativa al pronóstico de inserción social que se emite en el momento del acceso a la libertad condicional (art. 67 LOGP). De tal manera que, de ser este pronóstico favorable, el mismo pudiera tenerse en cuenta en los procesos de regularización administrativa de los internos extranjeros una vez cumplida la condena. De este modo, se daría una solución a la situación de expulsabilidad en la que actualmente se encuentran los internos extranjeros con arraigo en España, que permanecen en nuestro país tras el cumplimiento. Por un lado, la labor que los Equipos Técnicos hubieran desarrollado teniendo en cuenta el arraigo del extranjero en nuestro país, adquiriría pleno sentido una vez accediera a la libertad. Por otro, ante la inviabilidad de proponer indultos relativos a los antecedentes penales, podría pensarse en la posibilidad de indultos penales o penitenciarios (art. 206 RP) del tiempo legalmente requerido para la cancelación de dichos antecedentes. Sin duda, aunque seguiría siendo complicado obtener la regularización generalizada de los extranjeros que hubieran cumplido condena en términos satisfactorios desde el punto de vista de su reinserción social, esta propuesta ayudaría a conseguir la renovación de las autorizaciones de regularización de aquellos internos que ya hubieran contado previamente a su estancia en prisión con alguna carta de regularización [art. 31.7 a) LOE].

12. En cuanto al segundo de los colectivos –las víctimas de los delitos–, distintas reformas penales y, especialmente, la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima les han otorgado una mayor capacidad de participación en la fase de cumplimiento de la condena. De este modo se han transformado en partes con capacidad de recurrir resoluciones administrativas dictadas en sede penitenciaria y fundamentales para la trayectoria de reinserción de los internos –levantamiento del periodo de seguridad, acceso a libertad condicional, etc.–. De este modo, la norma prolonga el enfrentamiento característico del proceso penal al procedimiento penitenciario y las decisiones que sobre el interno se adopten, introduciendo parámetros de valoración sesgados en las mismas que las alejan de lo que ha de constituir la clave de la ejecución. Todo ello en detrimento de otras medidas auténticamente reparadoras y desvinculadas de la concesión de beneficios penitenciarios, respecto de las que se producen escasos avances. Por último, en cuanto a la aplicación temporal del Estatuto, su disposición transitoria única se conforma con declarar la irretroactividad meramente procedi-

mental, relativa a los trámites penales y penitenciarios que ya se hubieran finalizado antes de su entrada en vigor. No obstante, aplicar el Estatuto a los trámites penitenciarios ya iniciados o que partir de ese momento se inicien, afecta la libertad de los internos. Por ello, dudamos de la constitucionalidad de la aplicación de las previsiones del Estatuto sin considerar la fecha en la que se cometió el delito y si ésta es o no anterior a la de su entrada en vigor.

13. Y con todo ello, volvemos al principio. La oleada normativa descrita no incide en los verdaderos fallos del sistema penitenciario que antes mencionamos. Si estos derivaban de la forma en que se ha articulado el principio de subordinación del régimen al tratamiento, las modificaciones penales no mejoran el sistema, sino que se obcecán en cercenar la potencialidad de lo que probablemente constituye el elemento más valioso del sistema: el principio de flexibilidad y las posibilidades que ofrece en cuanto a la individualización del cumplimiento. Ante ello, sólo cabe apelar a la responsabilidad de los Juristas, como pieza clave en el organigrama de II. PP. en tanto que miembros de los Equipos Técnicos. Más allá de la burocratización que el sistema impone, y que sirve para consolidar el *statu quo* implantado, de la que el programa individualizado de tratamiento (PIT), la tabla de variables de riesgo (TVR) y las circunstancias personales peculiares (CPP) son un buen ejemplo, han de recordar en cada una de sus actuaciones, cuáles son los principios rectores de la institución para la que trabajan, la primacía de los mismos conforme a una normativa que, hoy por hoy, continúa vigente, y la relevancia de que la situación individualizada de los internos sea lo determinante en la decisión administrativa que finalmente se adopte en cada caso.

BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, M., «Apuntes sobre la inconstitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable desde la perspectiva del Derecho Penitenciario», en ARROYO ZAPATERO, L. A., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., PÉREZ MANZANO, M. (Ed.), RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (Coord.), *Contra la cadena perpetua*, Universidad Castilla-La Mancha, 2016, pp. 163-169.
- AGUILERA DELGADO, A., «Formas especiales de ejecución», *PJ*, n.º 41-42, 1996, pp. 153-184.
- AGUILERA REIJA, M., «La libertad condicional anticipada por enfermedad grave e incurable», *CDP*, n.º 6, 1999.
- AGUIRRE SEOANE, J., «Las enfermedades muy graves con padecimientos incurables como presupuesto para la concesión de beneficios», *AP*, n.º 47/48, Madrid, 2002, pp. 1239 y ss.
- AIZPURÚA GONZÁLEZ, E., FERNÁNDEZ MOLINA, E., «Información, ¿antídoto frente al populismo punitivo? Estudio sobre las actitudes hacia el castigo de los menores infractores y el sistema de Justicia Juvenil», *REIC*, n.º 9, 2011.
- ALARCÓN BRAVO, J., «El tratamiento penitenciario en el primer decenio de la LOGP», *REP*, n.º extra 1, 1989, pp. 11 y ss.
- «La clasificación penitenciaria de los internos», *PJ*, n.º especial III, 1988.
- «El tratamiento penitenciario: regulación jurídica y práctica actual en España», en JIMÉNEZ BURILLO, F., CLEMENTE, M., *Psicología social y sistema penal*, Alianza Editorial, Madrid, 1986.
- *Tratamiento Penitenciario. Su práctica*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985.
- «El tratamiento penitenciario», *EPyC*, n.º 2, 1978, pp. 13-42.
- ALASTUEY DOBÓN, C., «Consecuencias jurídicas no penales derivadas de la comisión del delito (II): la responsabilidad civil derivada del delito», en GRACIA MARTÍN, L. (Coord.), *Lecciones de Consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 238-245.

- ALASTUEY DOBÓN, C., *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- ALBRECHT, H.J., «Post-Adjudications Dispositions in Comparative Perspective», TONRY, M., FRASE, R. S., *Sentencing and Sanctions in Western Countries*, University Press, Oxford, 2001, pp. 309 y ss.
- ALONSO DE ESCAMILLA, A., «Jurisprudencia aplicada a la práctica: clasificación de interno en tercer grado de cumplimiento por razones humanitarias (comentario al Auto de 19.04.04 del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria)», *La Ley Penal*, n.º 8, 2004, pp. 107-111.
- «El control jurisdiccional de la actividad penitenciaria», *CPC*, n.º 40, 1990, pp. 147-164.
- *El Juez de Vigilancia Penitenciaria*, Civitas, Madrid, 1985.
- ÁLVAREZ CASTAÑÓN, M. J., SOLAR CALVO, P., «Estatuto de la Víctima: Consideraciones críticas a la nueva Ley 4/2015», *Diario La Ley*, n.º 8685, Sección Doctrina, 20.01.16.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Cadena perpetua, medidas de seguridad y libertad vigilada», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.), ANTÓN BOIX, J. R. (Coord.), *Informe de la Sección de Derechos Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre los Proyectos de Reforma del Código Penal, Ley de Seguridad Ciudadana y LO del Poder Judicial (Jurisdicción Universal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 37-47.
- «La nueva reforma penal de 2013», *Eunomía. Revista de la Cultura en la Legalidad*, n.º 6, 2014, pp. 16-71.
- *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Comares, Granada, 2001.
- ANDRÉS LASO, A., *Nos hará reconocernos. La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria: origen, evolución y futuro*, Premio Nacional Victoria Kent 2015, Ministerio del Interior, Madrid, 2016.
- ANDRÉS-PUEYO, A., REDONDO, S., «Predicción de la violencia: entre la peligrosidad y la valoración del riesgo de violencia.» *Papeles del Psicólogo*, 28(3), 2007, pp. 157-173.
- ANDREWS, D. A., BONTA, J., *The Psychology of criminal conduct*. Cincinnati, Anderson, 2010.
- ANTÓN ONECA, J., *La utopía penal de Dorado Montero*, Universidad de Salamanca, 1950.
- APONTE, A., «Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo. Günter Jakobs y los avatares de un Derecho penal de la enemistad», en CANCIO MELIÁ, M., GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coords.), *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Edisofer/BdF, Madrid-Montevideo/Buenos Aires, vol. 1, 2006, pp. 163-204.

- ARANDA CARBONEL, M. J., *Reeducación y reinserción social, tratamiento penitenciario, análisis teórico y aproximación práctica*, Accésit Premio Nacional Victoria Kent 2006, Ministerio del Interior, Madrid, 2009.
- «Una aproximación práctica a la clasificación penitenciaria», *REP*, n.º 252, 2006, pp. 38-76.
- *Reeducación y Reinserción Social*, tesis doctoral dirigida por BUENO ARÚS, F., CEREZO MIR, J., UNED, 2005.
- ARIAS SENSO, M., «Expulsión de extranjeros condenados: Aproximación crítica y comentario de urgencia a la STS 8 de julio de 2004», *La Ley*, n.º 1, 2005, pp. 1497-1509.
- ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, J./ RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V., *Reglamento penitenciario comentado: análisis sistemático y recopilación de legislación*, MAD, Madrid, 2006.
- ARRIBAS LÓPEZ, J. E., «Los permisos penitenciarios de salida en el Código Penal», *Diario La Ley*, n.º 9065, Sección Doctrina, 20.10.17.
- «La condición de autoridad de los funcionarios de prisiones», *Diario La Ley*, n.º 9041, Sección Tribuna, 14.09.17.
- «Sobre la urgente necesidad de cambiar los hábitos de producción normativa», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 8, 2017.
- «El recurso de casación para la unificación de doctrina en materia penitenciaria: un análisis jurisprudencial», *Diario La Ley*, n.º 8737, Dossier, 08.04.16.
- «La Seguridad en los centros penitenciarios», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (Coord.), *Derecho Penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 263-302.
- «La Reforma del Reglamento Penitenciario en el laberinto», *Diario La Ley*, n.º 7543, Sección Doctrina, 10.01.11.
- *El régimen cerrado en el sistema penitenciario español*, tesis doctoral dirigida por RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., UNED, 2009; Primer Accésit Premio Nacional Victoria Kent 2009, Ministerio del Interior, Madrid, 2010.
- «La Sentencia del y Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2009 y las Instrucciones y Órdenes de Servicio de la Administración Penitenciaria», *Diario La Ley*, n.º 7269, Sección Tribuna, 26.10.09.
- «Aproximación a un Derecho Penitenciario del Enemigo», *REP*, n.º 253, 2007, pp. 32-62.
- ARROYO ZAPATERO, L. A., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., PÉREZ MANZANO, M. (Ed.), RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (Coord.), *Contra la cadena perpetua*, Universidad Castilla-La Mancha, 2016.
- ASENCIO CANTISÁN, H., «Régimen disciplinario y medidas coercitivas», en VV.AA., *Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria de 1992*, CGPJ, Madrid, 1993, pp. 113-134.
- «Régimen disciplinario y procedimiento sancionador», *REP*, n.º extra, 1989, pp. 30 y ss.

- ASENCIO CANTISÁN, H., «Algunas consideraciones entorno a la libertad condicional», *Revista Jurídica La Ley*, n.º 1, 1989.
- «La intervención judicial en la ejecución de la pena desde una perspectiva resocializadora», *Poder y Control*, n.º 3, 1987, pp. 135-142.
- ASENCIO MELLADO, J. M.^a: *La prisión provisional*, Civitas, Madrid, 1987, tesis doctoral dirigida por GIMENO SENDRA, J. V., Universidad de Alicante, 1986.
- ASENSI SABATER, J. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Edijus-Fundación Alternativas, Zaragoza, 2001.
- ASHWORTH, A., «The decline of English sentencing and other stories», en TONRY, M., FRASE, R. S., *Sentencing and Sanctions in Western Countries*, University Press, Oxford, 2001, pp. 62-91.
- AUSTIN, J., KRISBERG, B., «Alternatives to incarceration: Substitutes or Supplements?», en VON HIRSCH, A., ASHWORTH, A., *Principled Sentencing*, Hart Publishing, Oxford, 1998.
- AYALA GARCÍA, J. M., ECHANO BASALDUA, J.I., «La suspensión de la pena tras la LO 1/2015» en *Prisión y alternativas en el nuevo CP tras la reforma 2015*, en LANDA GOROSTIZA, J.-M. (Dir.), GARRO CARRERA, E., ORTUBA Y FUENTES, M. (Coords.), Dykinson, Madrid, 2016, pp. 199-224.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., «El Derecho Penal: Concepto y Principios», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (Coord.), *Introducción al Derecho Penal*, 2.ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2015, pp. 39-57.
- BARAS GONZÁLEZ, M., «El régimen penitenciario», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (Coord.), *Derecho Penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 125-149.
- BARKER, R., *Ecological Psychology: Concepts and methods for studying the environment of human behavior*, Stanford University Press, 1968.
- BARONA VILAR, S., «El presente y futuro de la mediación entre autor y víctima en España», en TAMARIT SUMMALLA, J. M. (Coord.), *Víctimas olvidadas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 229-354.
- BECCARÍA, C., *De los Delitos y las Penas*, Alianza Editorial, Madrid, 2004.
- BELZUNEGUI, B., «La Libertad Vigilada en la última reforma del Código Penal Español», *Derechopenal-online. Revista de Derecho Penal, procesal penal y criminología*, 27.01.11.
- BENÍTEZ YÉBENES, J. R., *El procedimiento de actuación ante los órganos de la Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria (Hacia un Derecho Procesal Penitenciario)*, Dykinson, Colección Biblioteca de Criminología, Madrid, 2017.
- BENTHAM, J., *El panóptico*, Ediciones La Piqueta, Madrid, 1979.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (Coords.), FERNÁNDEZ GARCÍA, J., PÉREZ CEPEDA, A. I., SANZ MULAS, N., *Manual de Derecho Penitenciario*, Colex, Madrid, 2001.
- BERISTÁIN IPIÑA, A. «Justicia restaurativa», *El País*, 12.01.03, p. 13.
- *Victimología. Nueve palabras clave*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

- BLAY GIL, E. *Trabajo en beneficio de la comunidad. Regulación y aplicación práctica*. Tesis Doctoral dirigida por LARRAURI PIJOAN, E., UAB, Atelier, Barcelona, 2007.
- BOIX, V., *Sistema Penitenciario del Presidio Correccional de Valencia bajo el mando del Coronel Montesinos*, Imprenta del Presidio, Valencia, 1950.
- BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Penas privativas de libertad», en GRACIA MARTÍN, L. (Coord.), *Lecciones de Consecuencias jurídicas del delito*, 5.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 22-36.
- «Penas privativas de derechos», en GRACIA MARTÍN, L. (Coord.), *Lecciones de Consecuencias jurídicas del delito*, 5.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 49-76.
- «Aplicación y determinación de la pena», en GRACIA MARTÍN, L. (Coord.), *Lecciones de Consecuencias jurídicas del delito*, 5.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 94-128.
- BOTTOMS, A., «The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing», en CLARKSOB, C. M. V., MORGAN, R., *The Politics of Sentencing Reform*, Clarendon Press, Oxford, 1995, pp. 39 y ss.
- BOTTOMS, A., GELSTHORPE, L., REX, S., *Community Penalties*, Willan Publishing, Devon, 2001.
- BRANDARIZ GARCÍA, J. A., *El gobierno de la penalidad*, Dykinson, Madrid, 2014.
- «Victimización de Migrantes», en TAMARIT SUMALLA, J. M. (Coord.), *Víctimas olvidadas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 45-70.
- «Notas sobre el régimen penitenciario para penados considerados extremadamente peligrosos: departamentos especiales y FIES-1 (CD)», *EPyC*, n.º 23, 2001-2002, pp. 7-58.
- *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002.
- BRIGGS, D., *A Life Well Lived: Maxwell Jones - a Memoir*, Jessica Kingsley Publishers, London, 2002.
- BUENO ARÚS, F., *Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los JJVP en sus XIX reuniones celebradas entre 1981 y 2010*, CGPJ, Madrid, texto refundido y depurado a mayo de 2010.
- *Texto refundido sobre criterios de actuación, conclusiones y acuerdos de los JJVP aprobados durante sus XIV reuniones celebradas entre los años 1981 a 2007*, CGPJ, Madrid, 2007.
- «Nota sobre el cumplimiento 'íntegro' de las penas y los beneficios penitenciarios», *AJA*, n.º 725, 2007, pp. 6-12.
- «Novedades en el concepto de tratamiento penitenciario», *REP*, n.º 252, 2006, pp. 9-36.
- Entrevista *Revista ATIP*, n.º 1, 2004, pp. 5-6.
- Prólogo al libro de RENART GARCÍA, *Libertad Condicional: nuevo régimen jurídico*, Edisofer, Madrid, 2004.

- BUENO ARÚS, F., «¿Tratamiento?», *EGUXKILORE*, n.º extraordinario 2, octubre 1989, pp. 89 y ss.
- «Las Reglas Penitenciarias Europeas», en *REP*, n.º 238, 1987.
- «La resocialización del delincuente adulto normal desde la perspectiva del derecho penitenciario», *Actualidad Penal*, n.º 5, 1987, pp. 233 y ss.
- «Breve comentario a la Ley Orgánica General Penitenciaria», en *Estudios Jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez Vitoria*, t. I, Bosch, Barcelona, 1983.
- «Estudio preliminar», en GARCÍA VALDÉS, *La reforma penitenciaria española*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1981.
- «La legitimidad jurídica de los métodos de la Criminología Clínica aplicada al tratamiento penitenciario», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Madrid, n.º 1215, 15 septiembre 1980, pp. 3 y ss.
- «Notas sobre la Ley General Penitenciaria», *REP*, n.º 220-223, 1978, pp. 113-139.
- «Ideas y realizaciones de Montesinos en materia de Trabajo penitenciario», *REP*, n.º 159, 1963, pp. 123-180.
- Con DE MIGUEL ZARAGOZA, J., *Manual de Derecho Internacional*, Universidad Pontificia de Comillas, 2003.
- Con RODRÍGUEZ SUÁREZ, J. *Apuntes de sistemas y tratamientos penitenciarios*, Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid, 1974.
- BURILLO CASTELLOTE, F., *El nacimiento de la pena privativa de libertad*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1999.
- BUSTOS RAMÍREZ, J., LARRAURI PIJOAN, E., *Victimología: presente y futuro (Hacia un sistema de penas alternativas)*, PPU, Barcelona, 1993.
- CABALLERO ROMERO, J. J., «La prisión orientada hacia el tratamiento: algunos de sus problemas», *CPC*, n.º 29, 1986, pp. 451 y ss.
- «Dos modelos de prisión: la prisión punitivo-custodial y la prisión de tratamiento», *REP*, n.º 224-227, 1979, pp. 45 y ss.
- CADALSO, F., *Instituciones Penitenciarias y similares en España*, Madrid, 1922.
- CÁMARA ARROYO, S., *Internamiento de menores y sistema penitenciario*, Premio Nacional Victoria Kent 2010, Ministerio del Interior, 2011.
- Con FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *La prisión permanente revisable: el ocaso del humanitarismo penal y penitenciario*, Aranzadi, Navarra, 2016.
- CANCIO MELIÁ, M., «Principios del Derecho Penal (II)», epígrafes I-IV, en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (Coord.), *Introducción al Derecho Penal*, 2.ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2015, pp. 89-112.
- «Principios del Derecho Penal (III)», epígrafe V, en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (Coord.), *Introducción al Derecho Penal*, 2.ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2015, pp. 155-164.
- «La pena de cadena perpetua (prisión permanente revisable) en el Proyecto de reforma del Código penal», *Diario La Ley*, n.º 8175, Sección Doctrina, 22-10.13.

- CANCIO MELIÁ, M., «De nuevo: ¿Derecho penal del enemigo?», en CANCIO MELIÁ, M., GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (Coords.), *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Edisofer/BdF, Madrid-Montevideo y Buenos Aires, vol. 1, 2006, pp. 341-382.
- «La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89 CP)», en VV.AA., *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Pamplona, 2005, pp. 183-215.
- CANO CUENCA, A., «Especial Consideración de la expulsión de los extranjeros. La sustitución de la pena por la expulsión», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 365-377.
- CANO SOLE, M. A., «La mediación penal como método de resolución de conflictos. Posibilidades de aplicación a los delitos de violencia de género y doméstica», *La Ley Penal*, n.º 109, Julio-Agosto 2014, pp. 9 y ss.
- CARBALLO CUERVO, M., URBANO CASTRILLO, E., «Pueden cumplirse simultáneamente las penas de prisión y de trabajos en beneficio de la comunidad?», *Boletín Electrónico de Penal*, octubre 2006, pp. 4-11.
- CARBONELL MATEU, J. C., «Prisión permanente revisable I», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 214 y ss.
- CARO, F., «John Howard y su influencia en la reforma penitenciaria europea de finales del siglo XVIII», *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n.º 27, 2013, pp. 149-169.
- CASTAÑÓN ÁLVAREZ, M. J., *Víctimas del terrorismo: Protección y Tutela*, Comares, Granada, 2013.
- CASTELLANO CERVERA, V.: «Consideraciones sobre la prisión provisional», en *CPC*, n.º 13, Madrid, 1981, pp. 165 y ss.
- CASTILLEJO MANZANARES, R., «El estatuto de la víctima y las víctimas de violencia de género», *Diario La Ley*, n.º 8884, Sección Tribuna, 19.12.16.
- CERCÓS I RAICH, R. «Las influencias krausistas en el pensamiento de Concepción Arenal y Victoria Kent: la lucha por la reforma de las prisiones femeninas», en VV.AA., «El largo camino hacia una educación inclusiva: la educación especial y social del siglo xix a nuestros días», XV Coloquio de Historia de la Educación, Pamplona-Iruña, vol. 2, 2009, pp. 57-68.
- CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*. t. 1, 6.ª ed., Tecnos, 2004.
- CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho Penitenciario*, 4.ª ed., Tirant lo Blanch, 2016.
- *Prisión perpetua y de larga duración. Régimen jurídico de la prisión permanente revisable*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- «Peligrosidad criminal y pronóstico de comportamiento futuro en la suspensión de la ejecución de la pena», *La Ley Penal*, n.º 106, 2014.

- CERVELLÓ DONDERIS, V., «Revisión de legalidad penitenciaria en la regulación del régimen cerrado y los FIES», *La Ley Penal*, n.º 72, 2010, pp. 1 y ss.
- «La pena de localización permanente en centro penitenciario», *REP*, n.º extra, *in memoriam* Profesor Francisco Bueno Arús, 2013, pp. 71-84.
- «La clasificación en tercer grado como instrumento de resocialización», en DE CASTRO ANTONIO, J. L., SEGOVIA BERNABÉ, J. L. (Dir.), *El Juez de Vigilancia penitenciaria y el tratamiento penitenciario*, CGPJ, Madrid 2006, pp. 157-204.
- «Responsabilidad civil y tratamiento penitenciario», *Derecho penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones*, *CDJ. Ejemplar dedicado al Derecho Penitenciario: Incidencia de las nuevas modificaciones*, n.º 22, 2006, pp. 89-141.
- «El sentido actual del principio constitucional de reeducación y reinserción social», *Presente y futuro de la Constitución española de 1978*, Universidad de Valencia, 2005, pp. 217-233.
- «Los nuevos criterios de clasificación penitenciaria», *La Ley Penal*, n.º 8, 2004, pp. 5-22.
- «La huelga de hambre penitenciaria: fundamento y límites de la alimentación forzosa», *EPyC*, n.º 19, 1996, pp. 49-164.
- CERVERA SALVADOR, S., «La pena de trabajos en beneficio de la comunidad», *REP*, n.º 255, 2001, pp. 35-134.
- CESANO, J. D., «De la crítica a la cárcel a la crítica de las alternativas», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVI, n.º 108, septiembre-diciembre de 2003, pp. 863-889.
- CHOMSKY, N., RAMONET, I., *Cómo nos venden la moto*, Icaria, Barcelona, 2009.
- CID MOLINÉ, J., «La política criminal europea en materia de sanciones alternativas a la prisión y la realidad española: una brecha que debe superarse», en ARANGÜENA FANEGO, C., *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 267-288.
- *La elección del castigo: suspensión de la pena o probation versus prisión*, Bosch, 2009.
- «El incremento de la población reclusa en España entre 1996-2006: Diagnóstico y remedios», *REIC*, n.º 6, 2008.
- «Medios Alternativos de solución de conflictos y Derecho Penal», *AFDUAM*, n.º 11, 2008, pp. 151-168.
- «¿Es la prisión criminógena?: un análisis comparativo de reincidencia entre la pena de prisión y la suspensión de la pena», *Revista de derecho penal y criminología*, n.º 19, 2007, pp. 427-456.
- «La suspensión de la pena en España: Descarcelación y Reincidencia», *Revista de derecho penal y criminología*, n.º 5, 2005, pp. 223-239.
- «Las penas alternativas a la prisión en la reforma penal del 2003», en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. et al., *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, *Cuadernos penales José María Lidón*, Universidad de Deusto, 2004, pp. 135-156.

- CID MOLINÉ, J., «Penas no privativas de libertad en la Ley Orgánica 15/2003 (especial mención a: trabajo en beneficio de la comunidad y prohibición de acercamiento)», *Revista de derecho y proceso penal*, n.º 12, 2004, pp. 215-234.
- «El sistema penitenciario en España», *Jueces para la democracia*, n.º 45, 2002, pp. 15-27.
- «Prevención de delitos y utilitarismo: una confusión censurable (a propósito de «censurar y castigar», de A. von Hirsch)», *Jueces para la democracia*, n.º 35, 1999, pp. 20-27.
- «El sistema de penas desde una perspectiva reduccionista: alternativas a la pena de prisión», en LARRAURI PIJOAN, E. (Dir.), *CDJ. Ejemplar dedicado a Política Criminal*, n.º 4, 1999, pp. 119-148.
- «Derecho a la reinserción social (consideraciones a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional en materia de permisos)», en *Jueces para la democracia*, n.º 23, Madrid, 1998, pp. 36-49.
- «El trabajo en beneficio de la comunidad», en CID MOLINÉ, J., LARRAURI PIJOAN, E. (Coords.), *Penas alternativas a la prisión*, Bosch, 1997, pp. 91-118.
- *¿Pena justa o pena útil?: el debate contemporáneo en la doctrina penal española*, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1994.
- *Justificación de la sanción penal: el debate doctrinal en Italia y España entre la posguerra y los años ochenta*, tesis doctoral dirigida por BUSTOS RAMÍREZ, J., UAB, 1990.
- Con LARRAURI PIJOAN, E., (Coords.) *Jueces penales y penas en España*, Tirant lo Blanch, 2002.
- Con CHACÓN CADENAS, M. J., «La pena de días-multa como alternativa a la prisión», en CID MOLINÉ, J., LARRAURI PIJOAN, E. (Coords.), *Penas alternativas a la prisión*, Bosch, 1997, pp. 37-58.
- Con TÉBAR VILCHES, B., «Regresión a segundo grado: Causas y Consecuencias», *Boletín de Difusión de Investigaciones*, n.º 64, septiembre 2014.
- «Libertad condicional y delincuentes de alto riesgo», *REIC*, n.º 8, 2010.
- CLEMENTE DÍAZ, M., *Fundamentos de la Psicología jurídica*, Ediciones Pirámide, Madrid, 1995.
- *Validación y depuración de una tabla de variables de riesgo en el disfrute de permisos penitenciarios de salida*, Madrid, Facultad de Psicología, Dep. de Psicología Social en colaboración con la Subdirección General de Gestión Penitenciaria de la Secretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios, 1993.
- CLEMMER, P., *The Prison Community*, Christopher Publishing Co., Boston, 1940.
- COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, Dykinson, Madrid, 2011.
- COBO DEL ROSAL, M., con BOIX REIG, J., «Derechos fundamentales del condenado», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. III, Edersa, Madrid, 1996, pp. 220 y ss.
- COHEN, S., *Visiones de Control Social*, PPU, Barcelona, 1988.

- COHEN, S., «The punitive city: notes on the dispersal of Social Control», *Contemporary Crises*, octubre 1979, pp. 339-363.
- COLMENERO GARCÍA, M.D., «El tratamiento penitenciario: límites y presupuestos», *Revista jurídica de la Región de Murcia*, 22, 1996, pp. 11-26.
- COMAS D'ARGEMIR, M., SÁNCHEZ-ALBORNOZ, C. y NAVARRO, E., «Sustitución de la pena por expulsión: principio de proporcionalidad, audiencia del acusado y del penado, distintas fases procesales (art. 89 CP)», en *Jornadas de la comisión penal de jueces para la democracia*, Valencia, 2012, pp. 1-24.
- CONDE, M.: *Derecho Penitenciario vivido*, Comares, Granada, 2006.
- CUELLO CALÓN, E., «Montesinos precursor de la nueva penología», en *REP*, n.º 159, 1962, pp. 43-66.
- CUERDA RIEZU, A., *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España*, Atelier, Barcelona, 2011.
- CUGAT MAURI, M., «La desaprovechada reforma de la expulsión de extranjeros», en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 105 y ss.
- CUTIÑO RAYA, S., «Algunos datos sobre la realidad del tratamiento en las prisiones españolas», *RECPC*, n.º 17-11, 2015, pp. 1-41.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, A., «Criterios para la valoración de la peligrosidad y el riesgo en el ámbito penitenciario», *CPC*, n.º 120, 2016, pp. 239-280.
- *Ejecución de penas en España. La reinserción social en retirada*, Comares, Granada, 2016.
- DE CASTRO ANTONIO, J. L., «El período de seguridad», en VV. AA., *XIII Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria*, CGPJ, Madrid, 2004.
- «Permisos de salida», en VV. AA., *I Curso Monográfico para Jueces de Vigilancia Penitenciaria, Madrid, 13-16 de noviembre de 1995*, CGPJ, Madrid, 1997.
- DE GENOVA, N., «Migrant illegality and deportability in everyday life», *Annual review of anthropology*, 2002, pp. 419-447.
- DE HOYOS SANCHO, M., «Reflexiones sobre la Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y su transposición al ordenamiento español», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 34, 2014.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad en el CP español de 1995», en ECHANO BASALDÚA, J., (Coord.), *Estudios Jurídicos en memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, pp. 125-152.
- *El trabajo penitenciario resocializador*, Caja de ahorros provincial de Guipúzcoa, San Sebastián, 1982.
- DE LARIO RAMÍREZ, D., «La crítica de Concepción Arenal a la colonización penitenciaria en Australia», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 86, 1996, pp. 227-246.

- DE LEÓN VILLALBA, F.J., «Régimen disciplinario y recompensas», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (Coord.), *Derecho Penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 303-342.
- DE MARCOS MADRUGA, F., «Una aproximación al tratamiento penitenciario de los extranjeros en prisión», *Diario La Ley*, n.º 7410, Sección Doctrina, 26.05.10.
- DE RIVACOPA Y RIVACOPA, M., «Significado de Victoria Kent en la vida política y la penitenciaria de España», *Revista de Doctrina Penal*, año XIII, n.º 49, 2013, pp. 567-573.
- DE SOLA DUEÑAS, A., «Principio *non bis in idem* y sanciones penitenciarias en el Ordenamiento penitenciario», *RJC*, n.º 4, 1989, pp. 971-990.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R., «Relaciones del interno con el mundo exterior», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (Coord.), *Derecho Penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 239-262.
- DEL CARPIO DELGADO, J., «La pena de prisión permanente en el Anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal», *Diario La Ley*, n.º 8004, Sección Doctrina, 18.1.2013.
- DEL REY GUANTER, S., *Potestad sancionadora de la Administración y jurisdicción penal en el orden social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990.
- DEL RÍO FERNÁNDEZ, L., «El reto de la mediación penal: el principio de oportunidad», *La Ley*, n.º 3, 2006, pp. 1957-1968.
- DEL ROSAL BLASCO, B., *Manual Reforma Penal 2015*, Wolters Kluwer Formación, 2015, Módulo 1, pp. 1-44.
- DÍAZ LÓPEZ; J. A., «FIES-5, corrupción y gran alarma social», *Legal Today*, 12.05.17.
- «La participación de la víctima en el indulto», *La Ley Penal*, n.º 113, 2015.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *Protección y expulsión de extranjeros en el Derecho Penal*, La Ley, Madrid, 2007.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «El abuso del sistema penal», *RECPC*, n.º 19-01, 2017, pp. 1-24.
- «El nuevo modelo penal de seguridad ciudadana», *Jueces para la Democracia*, n.º 49, 2004, pp. 25-42. Igualmente, en *RECPC*, n.º 06-03, 2004, pp. 1-34 y *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 22, 2005, pp. 13-52.
- «La huelga de hambre en el ámbito penitenciario», *CPC*, n.º 30, 1986, pp. 603-660.
- DOLZ LAGO, M. J., Editorial del *Diario La Ley*, n.º 8606, Sección Comentarios de jurisprudencia, 16.09.15. Comentario a la STS de 11 de julio de 2015.
- DONINI, M. «El Derecho penal diferenciado. La coexistencia de lo clásico y lo post-moderno en la penalidad contemporánea», en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 8, 2007.
- DOÑATE MARTÍN, A., «Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria: Naturaleza, órganos y competencia», en *CDJ. Ejemplar dedicado al Derecho Penitenciario*, n.º 33, 1995, pp. 11-65.

- DURBÁN SICILIA, L., «Mediación, oportunidad, y otras propuestas para optimizar la instrucción penal», *La Ley Penal*, n.º 73, julio-agosto 2010, pp. 3 y ss.
- ECHEBURUA, E., *Superar un trauma. El tratamiento de las víctimas de sucesos violentos*, Pirámide, Madrid, 2004.
- ESPINA RAMOS, J. A., «Los permisos ordinarios de salida». *Revista del Ministerio Fiscal*, n.º 7, 2000.
- FAKHOURI GÓMEZ, Y., «Estructura e interpretación de la norma penal», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (Coord.), *Introducción al Derecho Penal*, 2.ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2015, pp. 167-183.
- FANEGA, M., «Jurisprudencia del TEDH: ¿Derecho a Tratamiento Penitenciario?», *RDPP*, n.º 50, 2018, pp. 1-9.
- *La idoneidad del criminólogo en la Administración Penitenciaria*, Criminología y Justicia, 2016.
- FARALDO CABANA, P., «El papel de la víctima durante la ejecución de condenas por delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y de terrorismo», en VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., GUINARTE CABADA, G. (Dir.), *Hacia un sistema penal orientado a las víctimas. El estatuto penal, procesal y asistencial de las víctimas del terrorismo en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- «Un Derecho Penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2.003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas», en FARALDO CABANA, P. (Dir.), BRANDARIZ GARCÍA, J. A., PUENTE ABA, L. M. (Coords.), *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 310 y ss.
- FÉREZ-MANGAS, D., ANDRÉS-PUEYO, A., «Predicción y prevención del quebrantamiento en los permisos penitenciarios». *REIC*, n.º 13, 2015.
- FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., «La acumulación jurídica de penas. Criterios jurisprudenciales», *La Ley Penal*, n.º 127, julio-agosto 2017.
- «El sistema de recursos en Derecho Penitenciario», *RJCV*, n.º 22, 2007, pp. 113-128.
- «La satisfacción de la responsabilidad civil y su incidencia en el ámbito penitenciario», *Revista Poder Judicial*, n.º 74, 2004, pp. 47-64.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., «Expulsión judicial y reforma de la LO 5/2010», *Revista de derecho migratorio y extranjería*, n.º 24, 2010, pp. 11-36.
- Con MAPELLI CAFFARENA, B., *Práctica forense penitenciaria*, Civitas, Madrid, 1995.
- Con NISTAL BURÓN, J., *Derecho Penitenciario*, 3.ª ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2016.
- FERNÁNDEZ BERMEJO, D., «En contra de la cadena perpetua en España (una vez más)», *La Ley Penal*, n.º 131, marzo-abril 2018.
- «El sistema de de ejecución de condenas en España: El sistema de individualización científica», *Estudios penales y criminológicos*, n.º 35, 2015, pp. 125-187.

- FERNÁNDEZ BERMEJO, D., «El fin constitucional de la reeducación y la reinserción social: ¿un derecho fundamental o una orientación política hacia el legislador español?», *ADPCP*, t. 67, 2014, pp. 363-415.
- *Individualización científica y tratamiento en prisión*. Accésit Premio Nacional Victoria Kent 2013, Ministerio del Interior, 2014.
- Con MEDINA DÍAZ, O., «El beneficio penitenciario del adelantamiento de la libertad condicional en España. Análisis histórico-evolutivo de la institución», *Revista Criminalidad*, n.º 58, pp. 97-110.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, J., «Las variables de riesgo en la concesión de permisos de salida», en FERNÁNDEZ GARCÍA, J. (Dir.), *La cárcel. Una institución a debate*, Ratio Legis, Salamanca, 2014, pp. 125-135.
- «El presente de la ejecución penitenciaria. XXV aniversario de la Ley Orgánica General Penitenciaria», en VV. AA., *La reforma penal a debate*, XVI Congreso Universitario de alumnos de Derecho Penal, Universidad de Salamanca, 2004.
- En BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (Coords.), *Manual de Derecho Penitenciario*, Colex, Madrid, 2001.
- FERRER GUTIÉRREZ, A., *Manual práctico sobre ejecución penal y derecho penitenciario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- FLORES MENDOZA, F., «La expulsión de extranjeros en el Código Penal español», en ASÚA BATARRITA, A. (Coord.), *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 97-132.
- FOUCAULT, M., *Vigilar y Castigar*, 14.ª ed., Siglo XXI, Madrid, 2005.
- FUENTES OSORIO, J. L., «Periodos de cumplimiento mínimo para el disfrute de beneficios penitenciarios y permisos de salida», en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 125-142.
- «Sistema de clasificación penitenciaria y el periodo de seguridad del art. 36.2 CP», *Indret*, n.º 1, 2011.
- GALERA GÓMEZ, A., «Rafael Salillas: Medio siglo de antropología criminal española», *Llull*, vol. 9, 1986, pp. 81-104.
- GALLEGO ANABITARTE, A., «Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad en la Administración», *Revista de administración pública*, n.º 34, 1961, pp. 11-52.
- GALLEGO DÍAZ, M., «Concepto de tratamiento penitenciario: un doble paradigma», *La Ley Penal*, n.º 110, 2014.
- «Tratamiento penitenciario y voluntariedad», *REP*, n.º extra, *in memoriam* Profesor Francisco Bueno Arús, 2013, pp. 100-119.
- GALLIZO LLAMAS, M., «Concepción Arenal y la humanización del sistema penitenciario: pasado, presente y futuro del reto humanista en las prisiones», *Acciones e Investigaciones Sociales*, n.º 32, 2012, pp. 45-59.
- GARCÍA ALBERO, R., «La suspensión de la ejecución de las penas», en *Comentarios a la reforma penal de 2015*, QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 143-172.

- GARCÍA ALBERO, R., «Cumplimiento y ejecución de las penas privativas de libertad. El acceso al tercer grado», en GARCÍA ALBERO, R., TAMARIT SUMALLA, J., *La reforma de la ejecución penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 30-63.
- «Acumulación jurídica de penas y cumplimiento íntegro: la reforma de los artículos 76 y 78 CP», en GARCÍA ALBERO, R., TAMARIT SUMALLA, J., *La reforma de la ejecución penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 64-89.
- «Aspectos procesales de la ejecución penitenciaria», en GARCÍA ALBERO, R., TAMARIT SUMALLA, J., *La reforma de la ejecución penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 128-155.
- GARCÍA ALGARRA, J., *La reforma carcelaria en el modelo ilustrado y sus modelos arquitectónicos*, UNED, Madrid, 2002.
- GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, Aranzadi, Navarra, 1997.
- «Los nuevos beneficios penitenciarios: una reforma inadvertida», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1983, n.º 1, pp. 109-124.
- GARCÍA CASTAÑO, C., «La defensa letrada en fase penitenciaria, SOJ penitenciario y ley de asistencia jurídica gratuita», en DE CASTRO ANTONIO, J. L. (Dir.), *CDJ, Ejemplar dedicado al Derecho Penitenciario II*, n.º 17, 2003, pp. 461-474.
- GARCÍA GARCÍA, J., Jefe de Área de Intervención y Colectivos Especiales, SG. II. PP., «Extranjeros en prisión: aspectos normativos y de intervención penitenciaria», *17 Encuentro Abogacía en Derecho de Extranjería y Asilo. Pamplona 17 a 19 de mayo 2007*.
- «Tratamiento penitenciario», en CLEMENTE DÍAZ, M. y SANCHA MATA, V., *Psicología social y penitenciaria*, Escuela de Estudios Penitenciarios, Madrid, 1989.
- GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J., «La mediación penal en el ámbito de adultos: futura implantación en España» en MONTOYA MELGAR, A. (Coord.), *Cuestiones actuales de la jurisdicción en España*, t. 2, Dykinson, Madrid, 2010.
- GARCÍA MACHO, A., *Las relaciones de sujeción especial en la Constitución Española*, Tecnos, Madrid, 1992.
- GARCÍA MAGNA, D., «Realidad y Política Penitenciarias», *REIC*, Recesión 2, n.º 10, 2012.
- GARCÍA MARIJUÁN, J.A., «A propósito de los Permisos Penitenciarios», *Papeles del Psicólogo*, n.º 56, junio 1993.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «Tendencias del actual Derecho penal», en VV.AA., *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología. Congreso Internacional, Facultad de Derecho de la UNED, Madrid, 6 al 10 de noviembre de 2000*, UNED, Madrid, 2001.
- *Tratado de Criminología*, 4.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- *Derecho Penal. Introducción*, Universidad Complutense de Madrid, 1995.

- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «Funciones y fines de las instituciones penitenciarias», en COBO DEL ROSAL, M., (Dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M., (Coord.), *Comentarios a la Legislación Penal*, t. VI, vol. I, Edersa, Madrid, 1986, pp. 25-44.
- *La supuesta función resocializadora del Derecho penal*, Estudios Penales, Barcelona, 1984. Bajo el título «La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo», en *ADPCP*, t. 32, n.º 3, 1979, pp. 645-700.
- GARCÍA RIVAS, N., «Razones para la inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable», *La Ley Penal*, n.º 128, 2017. Igualmente, en *RGDP*, n.º 28, 2017.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J., «El nuevo Estatuto de las víctimas del delito en el proceso penal según la Directiva Europea 2012/29/UE, de 25 de octubre, y su transposición al ordenamiento jurídico español», *RECPC*, n.º 18-24, 2016, pp. 1-84.
- *La protección jurídica de la víctima en el sistema penal español*, Tesis dirigida por MAPELLI CAFFARENA, B., Universidad de Sevilla, 2015.
- «Análisis del nuevo estatuto de la víctima del delito: retos y oportunidades», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 38, 2015, pp. 23-61.
- «Hacia un nuevo protagonismo de las víctimas en el proceso penal español», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 35, Enero de 2015.
- «Nuevos progresos para garantizar la protección de las víctimas de delitos y sus derechos en el espacio judicial europeo», *La Ley Unión Europea*, n.º 14, 2014, pp. 47-58.
- *Curso de Victimología y Asistencia a las Víctimas en el Proceso Penal*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2006.
- «Marco jurídico y nuevos instrumentos para un sistema europeo de indemnización a las víctimas de delitos», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, n.º 1980-81, de 15 de enero de 2005, pp. 7-32.
- «Una aproximación a las políticas de protección y asistencia a las víctimas de delitos en el contexto europeo», en TAMARIT SUMALLA, J. M. (Coord.), *Estudios de Victimología. Actas del I Congreso Español de Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 121-144.
- GARCÍA SAN MARTÍN, J., *La acumulación jurídica de penas*, Accésit Premio Nacional Victoria Kent 2015, Ministerio del Interior, Madrid, 2016.
- GARCÍA VALDÉS, C., «Sobre la prisión permanente y sus consecuencias penitenciarias», en ARROYO ZAPATERO, L. A., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., PÉREZ MANZANO, M. (Ed.), RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (Coord.), *Contra la cadena perpetua*, Universidad Castilla-La Mancha, 2016, pp. 171-178.
- «Breve Historia del Derecho Penitenciario español», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (Coord.), *Derecho Penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 19-30.
- «Tres temas penales de actualidad», *REP*, n.º 258, 2015, pp. 9-17.
- *Del presidio a la prisión modular*, Opera Prima, Madrid, 2009.
- *La ideología correccional de la reforma penitenciaria española del siglo XIX*, Edisofer, Madrid, 2006.

- GARCÍA VALDÉS, C., «Competencias del Juez de Vigilancia. Necesidad de asumir nuevas competencias», en DE CASTRO ANTONIO, J. L. (Dir.), *CDJ, Ejemplar dedicado al Derecho Penitenciario II*, n.º 17, 2003, pp. 79-96.
- «Sobre la libertad condicional: dos o tres propuestas de reforma», en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., ROMEO CASABONA, C. M., GRACIA MARTÍN, L., HIGUERA GUIMERA, J. F., *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 1065-1074.
- «El artículo 10 de la LOGP: su discusión parlamentaria y puesta en funcionamiento», *REP*, n.º extra 1 monográfico LOGP, 1989.
- *Teoría de la pena*, Tecnos, Madrid, 1987.
- «Sobre el concepto y contenido de derecho penitenciario», *CPC*, n.º 30, 1986, pp. 661-670.
- *Comentarios a la Ley General Penitenciaria*, Cívitas, 2.ª ed., Madrid, 1982, p. 195.
- *Introducción a la Penología*, Universidad Complutense, Madrid, 1981.
- «Reflexiones sobre el tratamiento penitenciario», *Arbor*, n.º 364, abril 1976, pp. 99 y ss.
- GARGALLO VAAMONDE, L., *El sistema penitenciario de la II República. Antes y después de Victoria Kent (1931-1936)*. Premio Nacional Victoria Kent 2011, Ministerio del Interior, 2012.
- «La excarcelación de presos con Victoria Kent», en NAVAJAS ZUBELDIA, C. y ITURRIAGA BARCO, D., *Coetánea. III Congreso Internacional de Historia de Nuestro Tiempo*, Madrid, 2012, pp. 171-186.
- GARLAND, D., *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, University Press, Oxford, 2001.
- GARRIDO GENOVÉS, V. *Técnicas de tratamiento para delincuentes*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993.
- «El tratamiento penitenciario en la encrucijada», *REP*, n.º 236, 1986, pp. 21 y ss., y 237, 1987, pp. 119 y ss.
- «El fracaso de la rehabilitación: un diagnóstico prematuro», *Revista de Psicología General y Aplicada*, n.º 178, 1982/5, pp. 905 y ss.
- Con REDONDO ILLESCAS, S., ANGUERA Y ARGILAGA, «El ideal de la rehabilitación y la intervención en las prisiones», *Delincuencia*, n.º 3/3, 1991, pp. 193 y ss.
- GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual de Ciencia Penitenciaria*, Edersa, Madrid, 1983.
- GARRIDO MARTÍNEZ, A., LÓPEZ ARAUJO, J. F., «El procedimiento sancionador. Un análisis sistemático», *REP*, n.º 248, 2000, pp. 69-136.
- GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, 3.ª ed., Cóllex, 1999.
- GOFFMAN, E., *Internados, Internados -Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales-*, Amorrortu, Buenos Aires, 2001.

- GOFFMAN, E., *Asylums: Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates*, Doubleday Anchor, New York, 1961.
- GÓMEZ ARROYO, J. L., «Reflexiones sobre la libertad condicional», *Estudios Jurídicos, Cuerpo de Secretarios Judiciales*, n.º 2, 2000, pp. 115 y ss.
- GÓMEZ HERMOSO, M. R., «I y II informe sobre la eficacia de la predicción de peligrosidad de los informes psicológicos forenses en los juzgados de vigilancia penitenciaria de Madrid» en *Prisión y alternativas en el nuevo CP tras la reforma 2015*, en LANDA GOROSTIZA, J.-M. (Dir.), GARRO CARRERA, E., ORTUBA Y FUENTES, M. (Coords.), Dykinson, Madrid, 2016, pp. 123-145.
- GÓMEZ RECIO, F., «La pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Éxito y fracaso», *Diario La Ley*, n.º 7899, Sección Doctrina, 2012.
- GÓMEZ COLOMER, J. L., «Los aspectos esenciales del proyectado estatuto jurídico de la víctima», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 37, 2015, pp. 181-220.
- *Estatuto jurídico de la víctima del delito*, Aranzadi, Navarra, 2014.
- GONZÁLEZ CAMPO, E., «La ejecución penal en relación con el extranjero en situación irregular», *Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 49, CGPJ, Madrid, 2010, pp. 1 y ss.
- «El principio de flexibilidad en la ejecución penal», *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal*, 2003, n.º 4.
- GONZÁLEZ CANO, M. I., «La mediación penal en España», en BARONA VILAR, S. (Dir.), *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos (Experiencias en España, EEUU, Inglaterra y Gales, Países Escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., «La satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito como requisito para acceder al tercer grado y obtener la libertad condicional», en VV. AA., *XIII Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria*, CGPJ, Madrid, 2004.
- GONZÁLEZ NAVARRO, F., «Poder domesticador del Estado y Derechos del recluso», en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (Coord.), *Estudios sobre la CE*, Homenaje a García de Enterría, Civitas, Madrid, 1991, pp. 1054-1198.
- GONZÁLEZ PLACENCIA, L., *La experiencia del Penitenciarismo Contemporáneo, Aportes, Expectativas*, CNDH, México, 1995.
- GONZÁLEZ RIVERO, P., «Justicia Restaurativa y mediación penal y penitenciaria», *Diario La Ley*, n.º 9085, Sección Tribuna, 21.11.17, pp. 1-6.
- GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «Regulación legal de la pena de prisión permanente revisable», *RDPP*, n.º 41, 2016, pp. 91-138.
- *Estudio teórico y práctico de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, Premio Nacional Victoria Kent, 2013, Ministerio del Interior, Madrid, 2014.
- GRACIA MARTÍN, L., «Sistema de Penas», en GRACIA MARTÍN, L., (Coord.), *Lecciones de Consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 11-21.

- GRACIA MARTÍN, L., Con ALASTUEY DOBÓN, C., «La ejecución de las penas privativas de libertad (Derecho Penitenciario)», en GRACIA MARTÍN, L. (Coord.), *Lecciones de Consecuencias jurídicas del delito*, 5.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 37-48.
- «Suspensión de la ejecución, sustitución de las penas privativas de libertad y libertad condicional», en GRACIA MARTÍN, L. (Coord.), *Lecciones de Consecuencias jurídicas del delito*, 5.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 129-152.
- GREENBERG, D., «Problems in Community Corrections», *Issues in Criminology*, n.º 10, 1975, pp. 1-33.
- GUERRERO GUECHO, J.M., MUÑOZ HERNÁN, Y., «Diálogos reparadores en el ámbito penitenciario. Creación de espacios de intercambio para la construcción de ámbitos positivos de convivencia», *REP*, n.º 254, 2008, pp. 126-164.
- GUISASOLA LERMA, C., «Libertad condicional», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.), *Comentarios a la reforma del CP de 2015*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 377-392.
- HARCOURT, B.E., *Against Prediction: profiling, policing and punishing in an actuarial age*, University of Chicago Press, 2007.
- «Rethinking racial profiling: A critic of the Economics, Civil Liberties and Constitutional Literature, and of criminal profiling more generally», *The University of Chicago Law Review*, n.4, 2004, pp. 1275-1381.
- HASSEMER, W., «Fines de la Pena en el Derecho Penal de orientación científico-social», en MIR PUIG, S., *Derecho Penal y Ciencias Sociales*, UAB, 1982, pp. 117 y ss.
- HAWKINGS, G. J., SHERMAN, M., *Imprisonment in America: Chosing the Future*, University of Chicago Press, 1983.
- HEFENDEHL, R. et al., *La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- HERNANDO GALÁN, M., *Los extranjeros en el Derecho Penitenciario Español*, Colex, Madrid, 1997.
- HERRERA MORENO, M., *La hora de la víctima. Compendio de Victimología*, Edersa, Madrid, 1996.
- HERRERO HERRERO, C., «Derecho penitenciario recuperador y criminología clínica, demanda lógica del Estado Social y Democrático de Derecho», *REP*, n.º extra, *in memoriam* Profesor Francisco Bueno Arús, 2013, pp. 120-148.
- HOWARD, J., *Sobre el estado de las prisiones en Inglaterra y en el País de Gales*, publicado por primera vez en 1777, traducido por Esteban Calderón, J., Fondo de Cultura Económica, 2003.
- HUBER, B., «Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad (Sobre la discusión en torno a las penas ambulatorias y de contenido comunitario)», *ADPCP*, t. 47, 1994, pp. 163-176.
- HUESCA, S. M., «Estudio crítico de los permisos de salida en el sistema penitenciario español», *Diario La Ley*, n.º 8923, Sección Tribuna, 16.02.17.

- IBÁÑEZ PICAZO, C., «Victoria Kent, una jurista republicana en la Dirección General de Prisiones (1931-1932)», *REP*, n.º 257, 2014, pp. 33-119.
- IGLESIAS RÍO, M. A., «La expulsión de extranjeros», en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios a la reforma de 2015*, Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 173-188.
- IGLESIAS SKULJ, A., BANDARIZ GARCÍA, J. A., «Neoliberalismo y Política Penal. Una aproximación al trabajo de B.E. Harcourt», *Revista en Cultura de Legalidad*, n.º 2, 2012, pp. 17-30.
- JAKOBS, G., *La pena estatal: significado y contenido*, traducción de Cancio Meliá, M., Feijoo Sánchez, B., Thomson-Civitas, Madrid, 2006.
- «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», en JAKOBS, *Estudios de Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 293-324.
- Con CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003.
- JANKELEVITCH, V., *El perdón*, Seix Barral, Barcelona, 1999.
- JELLINEK, G., *Gesetz und Verordnung. Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher Grundlage*, Freiburg/ Br., 1887.
- JIMÉNEZ BLANCO, A., «Notas en torno a las relaciones de sujeción especial: un estudio de la Jurisprudencia del TS», *La Ley*, n.º 1968, 13.05.88, pp. 989 y ss.
- JONES, M., *The Process of Change*, Routledge & Kegan Paul, Boston, 1982.
- *Maturation of the Therapeutic Community: An Organic Approach to Health and Mental Health*, Human Sciences Press, New York, 1976.
- *Beyond the Therapeutic Community: Social Learning and Social Psychiatry*, Yale University Press, 1968.
- *Social Psychiatry in Practice*, Penguin Books, England, 1968.
- *Social Psychiatry: In the Community, in Hospitals, and in Prisons*, Jessica Kingsley Publishers, Springfield, 1962.
- *The Therapeutic Community: A New Treatment Method in Psychiatry*, Basic Books, New York, 1953.
- JUANATEY DORADO, C., «Política criminal, reinserción y prisión permanente revisable», *ADPCP*, t. 65, 2012, pp. 127-153.
- *Manual de Derecho penitenciario*, Iustel, Madrid, 2011.
- «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*, n.º 9, 2004, pp. 3-30.
- KANT, I., *La Metafísica de las Costumbres*, con un estudio preliminar de Cortina Orts, A., traducción y notas junto a Conill Sancho, J., Tecnos, 1989.
- KURY, H., «Sobre la relación entre sanciones y criminalidad o: ¿Qué efecto preventivo tienen las penas?», en VV.AA., *Modernas tendencias en las ciencias del Derecho Penal y la Criminología*, UNED, 2001, pp. 27 y ss.
- LABAND, P., *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, vol. I, Laupp, Tübingen, 1876.
- LACAL CUENCA, P., SOLAR CALVO, P., «Reacciones Sociales frente al ilícito penal. Cerebro y concepto de Justicia», portal jurídico *Noticias Jurídicas*, Sección Artículos Doctrinales: Penal-Conocimiento, 29.05.14.

- LACAL CUENCA, P., SOLAR CALVO, P., «Responsabilidad penal y personal. La incidencia de la LO 1/2015 en el trabajo penitenciario», *Diario La Ley*, n.º 8591, Sección Doctrina, 27.07.15.
- LACALZADA DE MATEO, M. J., «La reforma penitenciaria entre la ilustración y el organicismo social: Concepción Arenal», *EPyC*, n.º 16, 1993, pp. 151-206.
- LADRON PIJUÁN, L., «Principio de legalidad y relaciones de sujeción especial», *Revista de Ciencias Penales*, vol. 1. n.º 1, 1998, pp. 145 y ss.
- LANDA GOROSTIZA, J.-M., «Prisión permanente revisable, prisión de muy larga duración, terrorismo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos» en *Prisión y alternativas en el nuevo CP tras la reforma 2015*, en LANDA GOROSTIZA, J.-M. (Dir.), GARRO CARRERA, E., ORTUBA Y FUENTES, M. (Coords.), Dykinson, Madrid, 2016, pp. 37-71.
- LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 6.ª ed., Tecnos, Madrid, 2005.
- *La moderna Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 50 y ss.
- «Prisión provisional y régimen penitenciario», en BARBERO SANTOS, M. (Coord.), *Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1997, pp. 185-198.
- LARRAURI PIJOAN, E., «Antecedentes penales y expulsión de personas inmigrantes», *Indret*, n.º 2, 2016, pp. 1-29.
- «La necesidad de un informe social para la decisión y ejecución de las penas comunitarias», *Boletín Criminológico*, n.º 139, 2012, pp. 1-5.
- «Introducción a las medidas alternativas desde la Criminología», *Informaciones psiquiátricas, Publicación científica de los Centros de la Congregación de las Hermanas Hospitalarias del Sagrado Corazón de Jesús*, n.º 205, 2011, pp. 211-214.
- «¿Es necesario un informe social para decidir acerca de la pena? Una aproximación a la toma de decisiones judiciales», *Jueces para la democracia*, n.º 73, 2012, pp. 105-119.
- «Los programas formativos como medida penal alternativa en los casos de violencia de género ocasional», *REIC*, n.º 8, 2010, pp. 1-26.
- «La Economía política del castigo», *RECPC*, n.º 11-06, 2009, pp. 1-22.
- «Justicia restauradora y violencia doméstica», en ASUA BATARITA, A., GARRO CARRERA, E. (Coords.), *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2009, pp. 125-144 y en VV.AA., *Cursos de Derechos Humanos de Donostia, San Sebastián*, vol. 8, 2007, pp. 119-136.
- «Ayuntamientos de izquierdas y control del delito: Conferencia de Clausura del IV Congreso Español de Criminología», *Indret*, n.º 3, 2007.
- «Populismo punitivo y penas alternativas a la prisión», en BACIGALUPO SAGGESSÉ, S., CANCIO MELIA, M., (Coords.), *Derecho Penal y Política Transnacional*, Atelier, Barcelona, 2005, pp. 283-304.

- LARRAURI PIJOAN, E., «Tendencias actuales de la justicia restauradora», en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (Coord.), *Libro Homenaje a Alessandro Baratta*, Universidad de Salamanca, 2004, pp. 439-464 y en *Revista brasileira de ciencias criminais*, n.º 51, 2004, pp. 67-104.
- «Control del delito y castigo en EE.UU.», *Jueces para la democracia*, n.º 32, 1998, pp. 85-89.
- «Relación entre índice de delitos, población reclusa y penas alternativas a la prisión: algunas hipótesis», en RECHEA ALBEROA, M. C. (Dir.), *CDJ. Ejemplar dedicado a la criminología aplicada*, n.º 7, 1998, pp. 79-98.
- «La reparación», en CID MOLINÉ, J., LARRAURI PIJOAN, E. (Coords.), *Penas alternativas a la prisión*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 169-195.
- «Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo», *ADPCP*, t. 50, 1997, pp. 133-168.
- «Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo CP», *Jueces para la democracia*, n.º 25, 1996, pp. 53-56. Profundiza en *EPyC*, n.º 19, pp. 203-218.
- «Victimología: ¿Quiénes son las víctimas? ¿Cuáles sus derechos? ¿Cuáles sus necesidades?», *Jueces para la democracia*, n.º 15, 1992, pp. 21-31.
- «Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho Penal español», *ADPCP*, t. 44, n.º 1, 1991, pp. 45-64.
- «Las paradojas del modelo descarceratorio en EE.UU.», *ADPCP*, t. 40, 1987, pp. 771-794.
- Con ROVIRA, M., ALARCÓN, P., «La concesión de permisos penitenciarios», *RE-CPC*, n.º 20-02, 2018, pp. 1-26.
- Con ZORRILLA MARTÍNEZ, N., «Informe social y supervisión efectiva en la comunidad: especial referencia a delitos de género ocasional», *Indret*, n.º 3, 2014, pp. 1-29.
- Con BLAY GIL, E., *Las penas comunitarias en Europa*, Trotta, Madrid, 2010.
- Con ANTÓN GARCÍA, L., «Violencia de género ocasional. Un análisis de las penas ejecutadas», *REIC*, n.º 7, 2009.
- LASAGABASTER HERRARTE, I., *Las relaciones de sujeción especial*, Cívitas, Madrid, 1994.
- LASALA, G., «La obra de Montesinos y su influencia en la legislación de su época», *REP*, n.º 159, 1962, pp. 74-96.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Principios del Derecho Penal (I). El principio de legalidad y las fuentes del Derecho Penal», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (Coord.), *Introducción al Derecho Penal*, 2.ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2015, pp. 59-88.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., PÉREZ MANZANO, M., ALCÁCER GUIRAO, R., ARROYO ZAPATERO, L., DE LEÓN VILLALBA, J., MARTÍNEZ GARAY, L., «Dictamen sobre la inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable», en ARROYO ZAPATERO, L. A., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., PÉREZ MANZANO, M. (Ed.), RODRÍ-

- GUEZ YAGÜE, C. (Coord.), *Contra la cadena perpetua*, Universidad Castilla-La Mancha, 2016, pp. 17-80.
- LEAL MEDINA, J., «¿Constituye una pena privativa de libertad la pena de localización permanente? El restringido ámbito de aplicación y las especialidades que presenta su ejecución, nos revelan su controvertida naturaleza jurídica», *Diario La Ley*, n.º 9046, Sección Doctrina, 21.09.17.
- «¿Tiene futuro la mediación penal de adultos? ¿Dónde estamos actualmente? ¿Es un método viable para solucionar los problemas de convivencia que genera la acción delictiva?», *Diario La Ley*, n.º 8397, Sección Doctrina, 13.10.14.
- «Régimen jurídico de la víctima del delito. Normativa presente y de futuro. Derechos en el proceso penal y en las leyes extraprocerales. Especial atención al anteproyecto de Ley Orgánica del estatuto de la víctima del delito», *Diario La Ley*, n.º 8287, Sección Doctrina, 07.04.14.
- LEGANÉS GÓMEZ, S., «Pronósticos de peligrosidad y reinserción social en la ejecución penitenciaria», *Diario La Ley*, n.º 9017, Sección Doctrina, 10.07.17.
- «La víctima del delito en la ejecución penitenciaria», *Diario La Ley*, n.º 8619, Sección Doctrina, 06.10.15. B.
- «La expulsión de los penados en el Código Penal de 2015», *Diario La Ley*, n.º 8579, Sección Doctrina, 09.07.15. A.
- *Clasificación penitenciaria, permisos de salida y extranjeros en prisión*, Dykinson, Madrid, 2009.
- «Los permisos de salida: nuevo régimen jurídico», *La Ley Penal*, n.º 52, 2008.
- «Crónica de una sentencia anunciada: el período de seguridad», *La Ley Penal*, n.º 37, 2007, pp. 116-130.
- *La clasificación penitenciaria: nuevo régimen jurídico*, Dykinson, Madrid, 2006.
- *Evolución de la clasificación penitenciaria*, Premio Nacional Victoria Kent, 2004; Ministerio del Interior, Madrid, 2005.
- LEMERT, E., *Human Deviance, Social Problems and Social Control*, Prentice-Hall, New York, 1967.
- LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, 1994.
- LÓPEZ CERRADA, V. M., «La responsabilidad civil en la LO 7/2003 y su incidencia en el tratamiento penitenciario», *REP*, n.º 252, 2006, pp. 78-117.
- LÓPEZ LÓPEZ, A. M., «Penas sustitutivas y quebrantamiento de condena», *La Ley*, Doctrina, n.º 7673, 14 de julio de 2011.
- LÓPEZ MELERO, M. «Cuestiones sobre Régimen y Tratamiento», *ADPCP*, t. 67, 2014, pp. 321-362.
- «El art. 25.2 CE como pauta de interpretación de los derechos fundamentales de los internos», *REP*, n.º extra, *in memoriam* Profesor Francisco Bueno Arús, 2013, pp. 150-167.

- LÓPEZ MELERO, M. «Aplicación de la pena privativa de libertad como principio resocializador: la reeducación y la reinserción social de los reclusos», *ADPCP*, t. 65, 2012, pp. 253-304.
- «Evolución de los sistemas penitenciarios y de la ejecución penal», *AFDUAH*, n.º 5, 2012, pp. 401-448.
- LÓPEZ PEREGRÍN, C., «¿Lucha contra la criminalidad mediante al cumplimiento íntegro y efectivo de las penas?», *REIC*, n.º 1, 2003, pp. 1-20.
- LUZÓN PEÑA, D. M., «Alcance y función del Derecho Penal», *ADPCP*, t. 42, n.º 1, 1989, pp. 5-54.
- *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Universidad Complutense de Madrid. 1979.
- MAGRO SERVET, V., «El nuevo estatuto de la víctima en el proceso penal», *Revista jurídica española la Ley*, vol. 5, n.º 7495, octubre 2010, pp. 1446-1455.
- «Los nuevos instrumentos legales contra la violencia doméstica», *Diario La Ley*, n.º 5914, Sección Doctrina, 16.12.03.
- MALDONADO CANITO, P. J., «Limitaciones regimentales y medidas de protección personal», *CDP*, n.º 3, mayo 1998, pp. 23-32.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «Estatuto de la víctima. Comentario a su regulación procesal penal», *Diario La Ley*, n.º 8351, Sección Doctrina, 10.07.14.
- «Comentarios a la reforma de la parte general del Código Penal conforme al nuevo anteproyecto de Ley Orgánica (II)», *Diario La Ley*, n.º 7991, Sección Doctrina, 27.12.12.
- «Algunos defectos puntuales, por activa y por pasiva, de la Ley Orgánica 5/2010: las tribulaciones de la localización permanente, la desnaturalización de los trabajos en beneficio de la comunidad», *Diario La Ley*, Tribuna, n.º 7534, 23.12.10.
- «La localización permanente», *Diario La Ley*, Doctrina, n.º 7399, 11.05.10.
- «Legislación aplicada a la práctica: La pena de localización permanente», *La Ley Penal*, n.º 25, 2006, pp. 48-67.
- «El cumplimiento íntegro y efectivo de las penas», *Diario La Ley*, n.º 8211, Sección Doctrina, 13.12.03. Igualmente en *Actualidad Penal*, n.º 1, 2003, pp. 195-214.
- *Individualización científica y libertad condicional*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1984.
- En COBO DEL ROSAL, M., (Dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M. (Coord.), *Comentarios a la legislación penal*, t. VI, vol. II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L., con PELLUZ ROBLES, J.L., «El tercer grado penitenciario», Artículos doctrinales: Derecho Procesal Penal, Julio, 1999.
- MAPELLI CAFFARENA, B., «Teoría de la pena», en CUELLO CONTRERAS, J./MAPELLI CAFFARENA, B., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Tecnos, 2015.
- *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª ed., Aranzadi, Navarra, 2011.

- MAPELLI CAFFARENA, B., «La identificación genética. Un paso más en la consolidación de la penología del control», Estudios Monográficos sobre la LO 1/2015, *La Ley Penal*, n.º 115, julio-agosto 2015, p. 2.
- «Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas», *RECPC*, n.º 08-r1, 2006, pp. 1-44.
- «Contenido y límites de la privación de libertad (Sobre la constitucionalidad de las sanciones disciplinarias de aislamiento)», *Eguzkilore*, n.º extraordinario 12, 1998, pp. 87-105. Igualmente en, Revista del poder judicial, ISSN 1139-2819, n.º 52, 1998, pp. 213-240.
- *Jornadas sobre sistema penitenciario y derechos humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- «La judicialización penitenciaria. Un proceso inconcluso», *CDJ*, n.º 33, 1995, pp. 279-301.
- «El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional» en RIVERA BEIRAS, I (Coord.), *Tratamiento Penitenciario y Derechos Fundamentales: Jornadas Penitenciarias*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 17-36.
- «Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario», *EPyC*, n.º 16, 1993, pp. 281-326.
- «La crisis de nuestro modelo legal de tratamiento penitenciario», *Eguzkilore.*, n.º extra 2, ejemplar dedicado a las II Jornadas Penitenciarias Vasco-Navarras, Octubre 1989, pp. 99-112.
- «Los establecimientos de máxima seguridad en la legislación penitenciaria», *Eguzkilore*, n.º extraordinario, enero 1988, pp. 129-143.
- «Presupuestos de una política penitenciaria progresista», en VV. AA. (Jueces para la Democracia), *Privaciones de libertad y derechos humanos*, Hacer, Barcelona, 1986, pp. 191-210.
- «La clasificación de los internos», *REP*, n.º 236, 1986, pp. 99-126.
- *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Bosch, Barcelona, 1983.
- «Los fines de la ejecución de la pena privativa de libertad», *I Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Sevilla, 1983, pp. 13 y ss.
- *La resocialización penitenciaria*, tesis doctoral dirigida por MUÑOZ CONDE, F., Universidad de Cádiz, 1982.
- MAQUEDA ABREU, M. L., «¿Es constitucional la expulsión penal del extranjero?», en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., ROCA ROCA, E. (Coords.), *Los Derechos Humanos. Libro Homenaje al Excmo. Sr. D. Luis Portero García*, Universidad de Granada, 2001, pp. 509-518.
- MARCHIORI, H., *Criminología. La víctima del delito*, Porrúa, Méjico, 2009.
- MARINA, J.A., *La Pasión del Poder*, Anagrama, Barcelona, 2008.
- MARTÍN DIZ, F., *El Juez de Vigilancia Penitenciaria: garante de los derechos de los reclusos*, Comares, Granada, 2002.

- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., «Top manta, ayuda a la inmigración y irregular y expulsión de extranjeros: la reforma de los artículos 270 y 274, 311bis, 318bis, 89 y 108 CP», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.(Dir.), ANTÓN BOIX, J. R. (Coord.), *Informe de la Sección de Derechos Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre los Proyectos de Reforma del Código Penal, Ley de Seguridad Ciudadana y LO del Poder Judicial (Jurisdicción Universal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 79-97.
- *Los permisos ordinarios de salida: régimen jurídico y realidad*, Edisofer, Madrid, 2002.
- MARTÍNEZ GARAY, L., «Predicción de peligrosidad y juicio de constitucionalidad de la cadena perpetua», en ARROYO ZAPATERO, L. A., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., PÉREZ MANZANO, M. (Ed.), RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (Coord.), *Contra la cadena perpetua*, Universidad Castilla-La Mancha, 2016, pp. 139-162.
- «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad», *InDret*, n.º 2, 2014.
- MARULANDA ESCOBAR, J. G., «Los monitores electrónicos ¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?», en CID MOLINÉ, J., LARRAURI PIJOAN, E. (Coords.), *Penas alternativas a la prisión*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 197-224.
- MATA Y MARTÍN, R. M., «Ámbitos de la ejecución penitenciaria afectados por la reforma del Código Penal. A propósito de la LO 1/2015», *Diario La Ley*, n.º 8713, Sección Doctrina, 02.03.16.
- «Clasificación penitenciaria y Régimen Abierto», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (Coord.), *Derecho Penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 152-178.
- «La antigua cárcel de Lugo y algunos aspectos del sistema penitenciario español en el avance del siglo XIX», *AFDUAH*, n.º 5, 2012, pp. 283-316.
- «El principio de legalidad en el ámbito penitenciario», *RGDP*, n.º 14, 2010.
- MATTELART, A., *Un mundo vigilado*, Paidós, Barcelona, 2008.
- MAYER, O., *Derecho Administrativo Alemán*, Depalma, Buenos Aires, vol. I, 1982.
- MCNEILL, F., «Las consecuencias colaterales del riesgo», *InDret*, n.º 1, 2017.
- MENDOZA BUERGO, B., «La determinación de la pena, las instituciones individualizadoras y los sustitutivos de las penas privativas de libertad», epígrafe II, en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (Coord.), *Introducción al Derecho Penal*, 2.ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2015, pp. 352-376.
- MESTRE DELGADO, E., «La ejecución, en España, de una pena privativa de libertad incompatible con la legislación penal o penitenciaria española, dictada en un país miembro de la Unión Europea», *La Ley Penal*, n.º 127, 2017.
- «Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas sobre las legislación penal y penitenciaria», *La Ley Penal*, n.º 70, 2010.
- «La reforma permanente como (mala) técnica legislativa en derecho penal», *La Ley Penal*, n.º 1, 2004.

- MESTRE DELGADO, E., «Libertad condicional», *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, t. 3, pp. 4016 y ss.
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 10.^a ed., Reppertor, Barcelona, 2016.
- «Problemática de la pena y seguridad ciudadana», en *El Derecho Penal en Estado Social y Democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 115 y ss.
- *Función de la pena y teoría del delito en un Estado social y democrático de Derecho*, Bosch, Barcelona, 1982.
- MONTERO HERNANZ, T., «El tratamiento penitenciario», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (Coord.), *Derecho Penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 179-209.
- MONTERO PÉREZ DE TUDELA, E., RAVAGNANI, L., «La población penitenciaria en España e Italia», *RECPC*, n.º 18-09, 2016, pp. 1-32.
- MONTES, J., *Precursores de la ciencia penal en España. Estudios sobre el delincuente y las causas y remedios del delito*, Librería General Victoriano Suárez, Madrid, 1911.
- MOOS, R.H. y TRICKETT, E.J., *Escalas de Clima Social*, TEA Ediciones, Madrid, 1987.
- MORA VÁZQUEZ, Z. P., «Sendero hacia la utopía. Las reformas penitenciarias de una mujer durante la República: Victoria Kent», *Ubi Sunt. Revista de Historia*, n.º 19, 2006, pp. 38-40.
- MORALES PRATS, F., «La colonización del Derecho Penal por parte de la Administración en la nueva Edad Media», *RDPP*, n.º 49, 2018.
- MOYA ESCUDERO, M. (Coord.), *Comentario Sistemático a la Ley de Extranjería*, Comares, Granada, 2001.
- MUÑOZ CONDE, F., «Algunas reflexiones sobre la pena de prisión perpetua y otras sanciones similares a ella», *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, n.º 11, 2012, pp. 250-273.
- «La resocialización del delincuente: análisis y crítica de un mito», *Libro Homenaje a Antón Oneca*, Universidad de Salamanca, 1982. Igualmente, en *CPC*, n.º 7, 1979, pp. 95 y ss.
- «Culpabilidad y Prevención General», en *Derecho Penal y Ciencias Sociales*, UAB, 1982.
- Con GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.
- Con MORENO CATENA, V.; «La prisión provisional en el Derecho español», en *La reforma penal y penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1980, pp. 319 y ss.
- MUÑOZ CUESTA, J., «La nueva pena de localización permanente introducida en la LO 15/2003 y el fracaso de la pena de arresto de fin de semana», *Repertorio de Jurisprudencia*, n.º 6, 2004, pp. 73-76.
- MUÑOZ RUIZ, J., «La expulsión penal. Nuevas tendencias legislativas», *RECPC*, n.º 16-05, 2014, pp. 1-44.

- MURRAY, H.A., *Explorations in Personality*, NY Oxford University Press, 1938.
- NELLIS, M., «Community penalties in historical perspective», en BOTTOMS, A., GELSTHORPE, L., REX, S., *Community Penalties*, Willan Publishing, Devon, 2001, pp. 19 y ss.
- NIETO GARCÍA, A., «Las salidas programadas del art. 114 del RP», *Diario La Ley*, n.º 7709, Sección Doctrina, 05.10.11.
- NIETO MARTÍN, A., MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., RODRÍGUEZ YAGÜE, C., «Alternativas a la prisión: una evaluación sobre su impacto en la población penitenciaria española», *RGDP*, n.º 28, 2017.
- NISTAL BURÓN, J., «Los derechos de la víctima del delito en el ámbito de la ejecución penal. El derecho a saber y el derecho a recurrir en los términos establecidos en el Estatuto de la víctima (Ley 4/2015)», *Diario La Ley*, Sección Tribuna, n.º 8999, 13.06.17.
- «La presunción de veracidad de las declaraciones de los funcionarios de prisiones en materia disciplinaria. (A propósito de la STC 161/2016, de 3 de octubre, recurso de amparo n.º 6526/2013)», *AA*, n.º 4, abril 2017.
 - «El traslado de personas condenadas en el ámbito de la UE. El reparto de competencias entre el estado de emisión y el estado de recepción sobre el cumplimiento de una misma condena. (A propósito de la Sentencia del TJUE -Gran Sala- de 8 de noviembre de 2016)», *Diario La Ley*, n.º 8916, Sección Comentarios de jurisprudencia, 07.02.17.
 - «Aplicación en el tiempo de una nueva norma jurídica que endurece el acceso a los beneficios penitenciarios», *Diario La Ley*, n.º 8831, Sección Tribuna, 26.09.16.
 - «El nuevo régimen jurídico de la libertad condicional en la LO 1/2015 de reforma del Código Penal. De la teoría a praxis penitenciaria», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 5, 2015, pp. 219-238.
 - «El alcance en materia de expulsión judicial de la proyectada reforma del CP», *Diario La Ley*, n.º 8207, Sección Doctrina, 09.12.13.
 - «Los fines de la política criminal y su vinculación con la política de extranjería en la reforma proyectada del Código Penal. Su incidencia en el ámbito penitenciario», *Diario La Ley*, n.º 8144, Sección Doctrina, 06.09.13.
 - «Implicaciones de la justicia victimal en el Derecho penitenciario», *Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n.º 26, 2012, pp. 117-130.
 - «¿Es viable en nuestros ordenamientos la introducción de la pena de cadena perpetua como solución para determinados delincuentes difícilmente reinsertables?», *La Ley*, n.º 68, febrero 2010, pp. 2 y ss.
 - «El desamparo de la víctima en la fase penitenciaria de la ejecución penal. Algunas consideraciones en torno al objetivo prioritario de la pena», *Diario La Ley*, n.º 7157, Sección Doctrina, 20.04.09.
 - «El recurso de apelación en materia penitenciaria. Su controvertida procedencia contra los autos de los Jueces de Vigilancia desestimatorios de las quejas peni-

- tenciarias», *Diario La Ley*, n.º 6376, Sección Doctrina, 12.12.05. Igualmente, *La Ley*, n.º 5, 2005, pp. 1312-1322.
- NOREÑA SALTO, J. R., «La víctima y los derechos fundamentales. Referencia a la jurisprudencia del TEDH y del Tribunal Constitucional sobre la misma», *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000.
- NOVELLI, G., «L'autonomía del dritto penitenziario», *Rivista de Dritto Penitenziario*, 1933, pp. 5, traducido por Leonor López, A., «La autonomía del Derecho penitenciario», *Revista Penal y Penitenciaria (Argentina)*, n.º 29-30, julio-diciembre, 1943, pp. 425 y ss.
- NUNES APOLINÁRIO, M., «Política Criminal de las sanciones alternativas a la prisión: críticas al discurso oficial», *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, octubre 2008.
- NÚÑEZ, J.A., *Fernando Cadalso y la Reforma Penitenciaria en España*, Dykinson, Madrid, 2014.
- «La importancia de los estudios biográficos para la historiografía penitenciaria. Notas sobre la labor de Fernando Cadalso y Manzano en el presidio de Valladolid (1887-1890)», *ADPCP*, t. 66, 2013, pp. 405-422.
- O'MALLEY, P., «Volatile and Contradictory Punishment», *Theoretical Criminology*, vol. 3, n.º 2, 1999.
- ORTEGA CALDERÓN, J. L., «La revocación de la libertad condicional tras la LO 1/2015 de 30 de marzo: competencia, partes, causas y efectos», *Diario La Ley*, n.º 8944, Sección Doctrina, 20.03.17.
- «El nuevo régimen temporal de la libertad condicional en el CP tras la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo», *Diario La Ley*, n.º 8652, Sección Doctrina, 24.11.15.
- ORTIZ GONZÁLEZ, A. L., «Prisión, Extranjería, Reeducción y Reinserción: Realidades difíciles de hacer compatibles», (Comentario sobre el Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de julio de 2005, relativo al procedimiento para autorizar actividades laborales a penados extranjeros en régimen abierto o en libertad condicional), *CDP*, n.º 16, 2008, pp. 24-28.
- ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho Penal Parte General*, 2.^a ed. actualizada conforme a la LO 5/2010, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- OSSET BELTRÁN, N., *Suspensión de la pena privativa de libertad. Especial referencia al supuesto por enfermedad muy grave con padecimientos incurables*, Accésit Premio Nacional Victoria Kent 2014, Ministerio del Interior, Madrid, 2015.
- PALACIO SÁNCHEZ-IZQUIERDO, J. R., «Nueva delincuencia: aspectos problemáticos de la gran reforma penal», *CDJ*, n.º 22, 1993, pp. 11-27.
- PALOMAR OLMEDA, A., «La reformulación de la doctrina en materia de derechos de los extranjeros en España: los avances de la jurisprudencia», *Diario La Ley*, n.º 9064, Sección Doctrina, 19.10.17.

- PASCUAL, E. (Coord.), *Los ojos del otro*, Sal Terrae, 2013, con participación de: Alberto José Olalde Altarejos, Francisca Lozano Espina, José Luis Segovia Bernabé, Julián Carlos Ríos Martín, Eduardo Santos Itoiz, José Castilla Jiménez, Luis María Carrasco Asenguinolaza y Xabier Etxebarria Zarrabeitia.
- PAZ RUBIO, J. M., «Expulsión de Extranjeros», en MARTÍN PALLÍN, J. A., (Dir.), *CDJ. Ejemplar dedicado a Extranjeros y derecho penal*, n.º 4, 2003, pp. 79-232.
- PAZ SAN SEGUNDO, M., «La cárcel y el delincuente en Concepción Arenal», *A distancia*, n.º 2, 1993, pp. 100-105.
- PELLUZ ROBLES, L. C., «Consideraciones entorno a la libertad condicional», *Vigilancia Penitenciaria (VIII Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria: 27-29 de septiembre de 1993)*, Madrid, 1994, pp. 185 y ss.
- PEÑARANDA RAMOS, E., «La pena: Nociones generales», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (Coord.), *Introducción al Derecho Penal*, 2.ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2015, pp. 255-293.
- «Informe crítico sobre la reforma del régimen jurídico de la suspensión y sustitución de la pena y de la libertad condicional», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.), ANTÓN BOIX, J. R. (Coord.), *Informe de la Sección de Derechos Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre los Proyectos de Reforma del Código Penal, Ley de Seguridad Ciudadana y LO del Poder Judicial (Jurisdicción Universal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 48-78.
- «Arresto de fin de semana», en LUZÓN PEÑA, D. M. (Dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, Comares, Granada, 2002, pp. 93-100.
- «Trabajo en beneficio de la comunidad», en LUZÓN PEÑA, D. M. (Dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, Comares, Granada, 2002, pp. 1209-1216.
- PÉREZ MANZANO, M., «Principios del Derecho Penal (II)», epígrafe V, en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (Coord.), *Introducción al Derecho Penal*, 2.ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2015, pp. 112-119.
- «Principios del Derecho Penal (III)», epígrafes I-IV, en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (Coord.), *Introducción al Derecho Penal*, 2.ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2015, pp. 123-155.
- PÉREZ YÁÑEZ, E.M., PÉREZ YÁÑEZ, E.M., «Principio de legalidad y relaciones de sujeción especial en el ámbito penitenciario», *Revista de Ciencias Penales*, vol. 1. n.º 1, 1998, pp. 161-188.
- PITA MERCÉ, R., «La libertad condicional por enfermedad incurable», *V Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria*, CGPJ, Madrid, 1990.
- PLASENCIA DOMÍNGUEZ, N., «Participación de la víctima en la ejecución de las penas privativas de libertad», *Diario La Ley*, n.8683, Sección Doctrina, 18.01.16.
- PLATÓN, «Protágoras», *Obras completas de Platón*, edición de Patricio Azcárate, t. 2, Medina y Navarro Editores, Madrid, 1871.
- PLEIE GUADAMILLAS, F., «Régimen de las expulsiones del art. 57.2 de la LO 4/2000», *AA*, n.º 9, 2017.

- PRATS CANUT, J. M., TAMARIT SUMALLA, J. M., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 4.^a ed., Aranzadi, Navarra, 2005.
- PRIETO RODRÍGUEZ, J. I., *Aproximación al Código Penal de 1995*, Colegio de Abogados de Tarragona, 1999.
- «La libertad condicional en el derecho español (I y II)», *AP*, t. 1, 1990, pp. 195 y ss.
- QUINTERO OLIVARES, G, CABANILLAS MÚGICA, S., DE LLERA SUÁREZ-BARCENA, E., *La responsabilidad civil «ex delicto»*, Aranzadi, Navarra, 2002.
- *Derecho Penal, Parte General*, Aranzadi, Navarra, 1998.
- QUIRION, B., «Traiter les délinquants ou contrôler les conduites: le dispositif thérapeutique à l'ère de la nouvelle pénologie», en *Criminologie*, vol. 39, 2, 2006, p. 8.
- RACIONERO CARMONA, F., *Derecho penitenciario y privación de libertad. Una perspectiva judicial*, Dykinson, Madrid, 1999.
- «El Juez de Vigilancia Penitenciaria: historia de un afán», *Eguzkilore*, n.º extraordinario 12, 1998, pp. 37-60.
- «Relaciones entre la Administración Penitenciaria y la Jurisdicción de Vigilancia. Competencias y Conflictos», VV. AA., *Criterios refundidos de actuación de los JJVP en su VIII Reunión*, CGPJ, Madrid, 1995, pp. 13-37.
- RAGUÉS I VALLÉS, R., «La inaplazable reforma de la prescripción de la pena: razones y propuestas», en FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., (Dir.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Constitutio Criminalis Carolina, 2013, pp. 547-667.
- RECIO JUÁREZ, M., «Claves de la reforma de la expulsión de extranjeros en el Código Penal», *Diario La Ley*, n.º 8602, Sección Doctrina, 10.09.15.
- REDONDO, ILLESCAS, S., *Intolerancia Cero: Un mundo con menos normas y sanciones también sería posible*, 1.^a ed., Sello Editorial, Barcelona, 2009.
- «Evaluar e intervenir en las Prisiones. Análisis de la conducta aplicado», *PPU*, Barcelona, 1992, pp. 68-69.
- REDONDO ILLESCAS, S., PÉREZ FERNÁNDEZ, E., «Los efectos psicológicos de la estancia en prisión», *Papeles del Psicólogo*, n.º 48, febrero 1991, pp. 1-6.
- REDONDO, S., GARRIDO, V., *Principios de criminología*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- RENART GARCÍA, F., «La libertad condicional en el Anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal», *REP*, in memoriam Profesor Francisco Bueno Arús, 2013, pp. 219-235.
- *Los permisos de salida en derecho comparado*, Premio Nacional Victoria Kent, 2009. Ministerio del Interior, Madrid, 2010.
- *Libertad Condicional: nuevo régimen jurídico*, Edisofer, Madrid, 2004.
- *El régimen disciplinario en el ordenamiento penitenciario español: luces y sombras*, Universidad de Alicante, 2002.

- RICO DE ESTASEN, J., *El Coronel Montesinos. Un español de prestigio europeo*. Alcalá de Henares, Imprenta de los Talleres Penitenciarios, 1948.
- RÍOS MARTÍN, J. C., *La prisión perpetua en España. Razones de su ilegitimidad ética y su inconstitucionalidad*, Tercera Prensa, San Sebastián, 2013.
- «La cadena perpetua y la custodia de seguridad en la reforma penal de 2013», *RDPC*, n.º extraordinario, 2013, pp. 177-212.
- «Las alternativas a la prisión», *CDJ. Ejemplar dedicado a las penas y medidas de seguridad*, n.º 14, 2006, pp. 265-333.
- «La mediación en la fase de ejecución penitenciaria», *REP*, n.º extra, homenaje al Profesor Francisco Bueno Arús, 2006, pp. 169-190.
- En BUENO ARÚS, F. (Coord.), *Ley General Penitenciaria. Comentarios, jurisprudencia, doctrina*, 2.ª ed. Colex, Madrid, 2005.
- «Los ficheros de internos de especial seguimiento», *CDP*, n.º 3, mayo 1998, pp. 3-22.
- Con ÉTXEBARRÍA ZARRABEITIA, X., PASCUAL RODRÍGUEZ, E., *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse en la cárcel*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2016.
- Con GALLEGO DÍAZ, M., CABRERA CABRERA, P.J., SEGOVIA BERNABÉ, J. L., *Andar 1 Km en línea recta. La cárcel del siglo XXI que vive el preso*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2010.
- Con PASCUAL RODRÍGUEZ, E., BIBIANO GUILLÉN, A., SEGOVIA BERNABÉ, J. L., *La Mediación Penal y Penitenciaria: Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, 2.ª ed., Colex, Madrid, 2008.
- Con SEGOVIA BERNABÉ, J. L., PASCUAL RODRÍGUEZ, E., *Las penas y su aplicación. Contenido legal, doctrinal y jurisprudencial*, Colex, Madrid, 2007.
- Con CABRERA CABRERA, P. J., *Mirando al abismo: El régimen cerrado*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2002.
- RIVERA BEIRAS, I., *La cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política Penitenciaria*, 2.ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009.
- «La doctrina de las relaciones de sujeción especial en el ámbito penitenciario la zona del no-derecho», en VV.AA., *Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción*, Bosch, Barcelona, 2000.
- *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*, Bosch, Barcelona, 1997.
- ROBERTS, J. V., STALANS, L. J., INDERMAUR, D., HOUGH, M., *Penal populism and public opinion*, University Press, Oxford, 2003.
- ROBLES GARCÍA, «Consideraciones generales en torno a la libertad condicional. Reglas de conducta. Revocación de la libertad condicional», *XIII Jornadas Penitenciarias Lucenses*, Diputación Provincial de Lugo, 2001, pp. 7 y ss.
- ROCA AGAPITO, L., *El sistema de sanciones en el Derecho penal español*, Bosch, Barcelona, 2007.

- RODRÍGUEZ ALONSO, *Lecciones de Derecho Penitenciario*, 3.^a ed., Comares, Granada, 2003.
- con RODRÍGUEZ AVILÉS, J. A., *Lecciones de Derecho penitenciario*, 4.^a ed., Comares, Granada, 2011.
- RODRÍGUEZ CANDELA, J. L., «La expulsión del extranjero en el nuevo Código Penal», *Jueces para la Democracia*, n.º 33, 1998, pp. 55 y ss.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal español. Parte general*, 13.^a ed., Dykinson, Madrid, 1990.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., «La nueva pena de prisión permanente revisable», *Legal Today*, 13.02.15.
- «De lege ferenda: Proyecto de Ley de reforma del Código Penal (Introducción de la pena de prisión permanente revisable y modificaciones en las reglas de aplicación de las penas)», *Diario La Ley*, n.º 8294, Sección Doctrina, 16.04.14.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, L., *Victimología*, Porrúa, México, 2003.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *La ejecución de las penas de prisión permanente revisable y de larga duración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- «Las posibilidades de individualización en las penas de prisión permanente revisable y de larga duración: acceso a permisos, tercer grado y libertad condicional», en DE LEÓN VILLALBA, F. J. (Dir.), LÓPEZ LORCA, B. (Coord.), *Penas de prisión de larga duración. Una perspectiva transversal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 327-393.
- Con ARROYO ZAPATERO, L. A., LASCUARAÍN SÁNCHEZ, J. A., PÉREZ MANZANO, M. (Ed.), RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (Coord.), *Contra la cadena perpetua*, Universidad Castilla-La Mancha, 2016.
- ROIG TORRES, M., *La reparación del daño causado por el delito (Aspectos civiles y penales)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- ROLDÁN BARBERO, H., *Historia de la prisión en España*, Instituto de Criminología, Barcelona, 1988.
- ROTMAN, E., «Beyond punishment», DUFF, A., GARLAND, E., *A reader on punishment*, Oxford University Press, 1994.
- ROXÍN, C., «Pena y Reparación», *ADPCP*, t. 52, 1999, pp. 5-16.
- *Problemas básicos del Derecho Penal*, traducción de Luzón Peña, D. M., Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros, Reus, Madrid, 1976.
- RUBIO LARA, P. A., «Dos penas controvertidas en el Código Penal español: problemas dogmáticos sobre la regulación y aplicación de las penas de localización permanente y trabajos en beneficio de la comunidad. Posibles soluciones», *La Ley Penal*, n.º 126, mayo-junio 2017.
- RUTH, H.; REITZ, K. V., *The challenge of crime*, Harvard University Press, 2003.
- SÁEZ MALCEÑIDO, E., «Tratamiento de las penas sobrevenidas de libertad condicional en la regulación de la LO 1/2015», *Diario La Ley*, Sección Normativa comentada, n.º 9029, pp. 1-12.

- SÁEZ RODRÍGUEZ, M. C., «La reforma del CP en la LO 1/2015. El eterno retorno», en *Prisión y alternativas en el nuevo CP tras la reforma 2015*, en LANDA GOROSTIZA, J.-M. (Dir.), GARRO CARRERA, E., ORTUBA Y FUENTES, M. (Coords.), Dykinson, Madrid, 2016, pp. 17-36.
- SALAT PAISAL, M., «Libertad condicional», en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios a la reforma de 2015*, Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 189-201.
- SALILLAS, R., *Evolución Penitenciaria en España I*, Imprenta Clásica Española, Madrid, 1918.
- SÁNCHEZ GALINDO, A., «Victoria Kent. Una española universal», en VV.AA. *Los maestros del exilio español en la Facultad de Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pp. 213-245.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., «Artículo 89», en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 503 y ss.
- SÁNCHEZ ILLERA, I., «La libertad condicional. Cuestiones prácticas de su aplicación», *Vigilancia Penitenciaria (VI Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria)*, CGPJ, Madrid, 1993.
- SANGRADOR GARCÍA, J.L., «La victimología y el sistema jurídico penal», en CLEMENTE DÍAZ, M., JIMÉNEZ BURILLO, F. (Coords.), *Psicología social y sistema penal*, Alianza Universidad, Madrid, 1986, pp. 61-90.
- SANZ DELGADO, E., «Rafael Salillas y Panzano penitenciarista», *ADPCP*, t. 65, 2012, pp. 155-177.
- «Los orígenes del sistema penitenciario español: Abadía y Montesinos», en VV.AA. *Marginalidad, Cárcel, las «otras» creencias: Primeros desarrollos jurídicos de la «Pepa»*, Servicio de Publicaciones, Diputación de Cádiz, Cádiz, 2008, pp. 117-159.
- «Dos modelos penitenciarios divergentes: Cadalso y Salillas», *REP*, 2006, pp. 202-206.
- *El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*, Edisofer, Madrid, 2003.
- «Las viejas cárceles: Evolución de las garantías regimentales», *ADPCP*, t. 56, 2003, pp. 253-352.
- SANZ HERMIDA, A. M.^a, *Víctimas de delitos: derechos, protección y asistencia*, Iustel, Madrid, 2009.
- SCHROEDER, «Die Rechtsnatur des Grundsatzes ne bis in idem», *Juristische Schulung*, 1997, pp. 227-231.
- SEGOVIA BERNABÉ, J.L., «En torno a la reinserción social y a otras cuestiones penales y penitenciarias», *Anuario de la Escuela de Práctica Jurídica*, n.º 1, 2006.
- SERRANO GÓMEZ, A., «El proyecto de ley de reforma del Código Penal y la legislación líquida», *Diario La Ley*, n.º 8204, Sección Doctrina, 03.12.13.
- «La Teoría criminológica de Salillas», *REP*, n.º extra, homenaje al Prof. Francisco Bueno Arús, 2006, pp. 112-129.
- Con SERRANO MAÍLLO, I., *Constitucionalidad de la prisión permanente revisable y razones para su derogación*, Dykinson, Madrid, 2016.

- SCULL, A., *Decarceration: Community treatment and the deviant. A radical view*, 2.^a ed., Polity Press, Cambridge, 1984.
- «Community Corrections: Panacea, Progress or Pretense?», en ABEL, R., *The Politics of Informal Justice*, Academic Press, New York, 1982, pp. 101 y ss. Igualmente, en GARLAND, D., YOUNG, P., *Power to Punish*, Humanities Press, New York, 1983, pp. 146-165.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho Penal*, 3.^a ed., Edisofer/BdF, Madrid-Montevidéo/Buenos Aires, 2011.
- *Política Criminal y Persona*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2000.
- SOLAR CALVO, P., *Restricciones de derechos fundamentales de los internos en centros penitenciarios*, ISBN: 978-84-9031-775-4, Dykinson, Madrid, 2013.
- «¿Se debe castigar lo que sucede más allá de la prisión?», *Legal Today*, 27.03.19.
- «Fundamentos penitenciarios en contra de la constitucionalidad de la prisión permanente revisable», *Diario La Ley*, n.º 9166, 26.03.18. Comunicación presentada en el II Congreso Penitenciario UDIMA, celebrado el 21.02.18.
- «Aplicación hacia atrás del Estatuto de la Víctima», *Legal Today*, 05.03.18.
- «¿Puede un interno preventivo disfrutar de un permiso ordinario? A propósito del reciente ATS de 14.12.17 en el caso Jordi Sánchez», *Legal Today*, 21.12.17.
- «Responsabilidad personal subsidiaria y TBCS. La vía del art. 53 CP tras la LO 1/2015», *Diario La Ley*, n.º 9040, 13.09.17.
- «La responsabilidad civil como requisito de acceso al tercer grado: más sombras que luces», *Legal Today*, 06.09.17.
- «¿Expulsión automática de extranjeros delincuentes?», *AJA*, n.º 932, 2017, p. 10.
- «Reflexión a raíz del caso Suárez Trashorras», *Legal Today*, 17 de mayo de 2017.
- «Paradojas penitenciarias. De cómo la interposición de un recurso puede perjudicar a un interno», *Diario La Ley*, n.º 8957, Sección Tribuna, 07.04.17, pp. 1-4.
- «La transmisión de resoluciones de libertad condicional en países de la UE. A propósito de los Autos del JVP n.º 3 de Madrid de 28 de noviembre de 2016 y 30 de diciembre de 2016», *Diario La Ley*, n.º 8940, Sección Tribuna, 14.03.17.
- «El principio de flexibilidad en el medio penitenciario. Por una aplicación posibilista», *Diario La Ley*, n.º 8912, Sección Tribuna, 01.02.17. De manera resumida, «Por una interpretación posibilista del principio de flexibilidad en el medio penitenciario», *Legal Today*, 27.01.17.
- «Reflexiones prácticas sobre la presunción de inocencia», *Legal Today*, 29.12.16.
- «La libertad condicional antipenitenciaria. Comentario al Auto del JVP n.º 5 Madrid de 03.11.16», *Diario La Ley*, n.º 8873, Sección Jurisprudencia Comentada, 29.11.16.
- «¿Debe el interno en un centro penitenciario asumir el delito cometido?», *Legal Today*, 14.09.16.
- «Tratamiento penitenciario: Aciertos y desaciertos de su concreción normativa», *Diario la Ley*, n.º 8818, Sección Doctrina, 07.09.16.

- SOLAR CALVO, P., «¿Tienen los funcionarios de prisiones condición de agentes de autoridad?», *Legal Today*, 18.08.16.
- «Instrucciones de la Administración Penitenciaria: Una historia de extralimitaciones», *Legal Today*, 20.07.16.
 - «Tercer grado penitenciario: buscando la definitiva integración social del condenado», *Diario La Ley*, n.º 8794, Sección Doctrina, 01.07.16.
 - «Presencia de niños en centros penitenciarios: el cumplimiento vicario de la condena», *Legal Today*, 27.06.16.
 - «Incidencia Penitenciaria de la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima», *Legal Today*, 18.04.16.
 - «La Sanidad Penitenciaria, ¿competencia estatal o autonómica?», *Legal Today*, 08.03.16.
 - «Primer grado penitenciario: problemas y necesidades de mejora», *Legal Today*, 03.02.16.
 - «Régimen Penitenciario de Extranjeros: Soluciones que no llegan», *Legal Today*, 27.08.15.
 - «La cadena perpetua revisable: Una visión constitucional y penitenciaria», *Legal Today*, 30.06.15.
 - «El papel de la libertad condicional tras la última reforma del CP», *Legal Today*, 11.06.15.
 - «Enfermedad mental y delito: la punta del iceberg», *Legal Today*, 25.11.14.
 - «Perspectivas Europeas ante la inmigración ilegal», *RUE*, n.º 11-12, 2015, pp. 61-71.
 - «El indulto: una perspectiva penitenciaria», *Legal Today*, 31.07.14.
 - «Ruedas y centros penitenciarios: ¿son los TBC la solución?», *Legal Today*, 25.02.14.
 - «A vueltas con la doctrina Parot: una aproximación diferente», *Diario La Ley*, n.º 8178, Sección Doctrina, 25.10.13. De modo más resumido, «Doctrina Parot y TEDH: Una aproximación diferente», *Legal Today*, 23.10.13.
 - «Régimen jurídico de los datos de salud: acceso a los mismos por personal no sanitario y publicación en facebook», *Diario La Ley*, n.º 8036, Sección Tribuna, 05.03.13.
 - «Consentimiento y cesión de datos. Marco jurídico y retos futuros», *Revista Datospersonales.org*, julio 2012.
 - «Los datos personales en la investigación criminal», *Revista de la Guardia Civil*, n.º 817, Sección Formación, mayo 2012.
 - «La doble vía europea en protección de datos», *Diario La Ley*, n.º 7832, Sección Doctrina, 04.04.12.
 - «La protección de datos en la UE: análisis y perspectivas de futuro», *RUE*, n.º 2, febrero 2012.
 - «Una perspectiva práctica de la protección de datos. La adaptación del Ministerio del Interior», *Diario la Ley*, n.º 7719, Sección Doctrina, 20.10.11.

- SOLAR CALVO, P., «Prohibición de Acercamiento: el papel de la Administración Penitenciaria», *Diario La Ley*, n.º 7554, Sección Doctrina, 25.01.11.
- «Globalización y Derecho Penitenciario», *Revista La Ley Penal*, n.º 74, septiembre 2010.
- «Régimen disciplinario en las cárceles: cuestiones que motivan su reforma», *Diario La Ley*, n.º 7440, Sección Doctrina, 07.07.10.
- «Consecuencias de la LO 7/2003 en el ámbito penitenciario», *Diario La Ley*, n.º 7238, Sección Doctrina, 10.09.09.
- Con LACAL CUENCA, P., «El aislamiento en prisiones: usos múltiples y múltiples justificaciones», *Diario la Ley*, n.º 8154, Sección Doctrina, 20.09.13.
- Con ÁLVAREZ BORJA, N., CARRIZO GARCÍA, P., PETISCO MARTÍN, M. T., RAMIREZ GARCÍA, A., RAMOS MATEOS, J., RICO GARRI, M., *Extranjeros en los centros penitenciarios en España*, S.G.II.PP., 2008.
- SORDI STOCK, B., *Análisis político criminal de los programas de rehabilitación para los agresores de violencia de género*, Tesis dirigida por MAPELLI CAFFARENA, B., Universidad de Sevilla, 2014.
- SPENCER, H. «Moral de la Prisión», *British Quaterely Review*, 1860.
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento*, Comares, Granada, 2006.
- «El Juez en la ejecución de las penas privativas de libertad», *RECPC*, n.º 07-11, 2005, pp. 1-20.
- SUTHERLAND, E. H., *White Collar Crime*, Dryden Press, New York, 1949.
- TAJADURA TEJADA, J., «Los Derechos y Libertades de los Extranjeros en el Ordenamiento Constitucional Español», *Anuario da Facultade de Dereito*, marzo 2014, pp. 876-885.
- TAMARIT SUMALLA, J. M., «La prisión permanente revisable», en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 93-100.
- «La política europea sobre las víctimas de delitos», en DE HOYOS SANCHO, M. (Dir.), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 31-48.
- «Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad», *Indret*, n.º 1, 2013.
- «El necesario impulso de la justicia restaurativa tras la Directiva europea de 2012», *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 1, 2013, pp. 139-160.
- «La articulación de la justicia restaurativa con el sistema de justicia penal», en TAMARIT SUMALLA, J. (Coord.), *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Comares, Granada, 2012.
- «Sistema de Sanciones y Política criminal. Un estudio de derecho comparado europeo», *RECPC*, n.º 09-06, 2007, pp. 1-40.
- «Política Criminal con bases empíricas en España», *PC*, n.º 3, 2007, pp. 1-16.

- TAMARIT SUMALLA, J. M., «La victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas», en BACA BALDOMERO, E., ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E., TAMARIT SUMALLA, J.M., (Coords.), *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 17-50.
- «La justicia reparadora: ¿una justicia para la víctima?», en BACA BALDOMERO, E., ECHEBURUA ODRIÓZOLA, E., TAMARIT SUMALLA, J. M., (Coords.), *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 456 y ss.
- «¿Hasta qué punto cabe pensar victimológicamente el sistema penal?», en TAMARIT SUMALLA, J. M. (Coord.), *Estudios de Victimología. Actas del I Congreso Español de Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- «La introducción de la justicia reparadora en la ejecución penal: ¿una respuesta al rearme punitivo?», *RGDP*, n.º 1, 2004, pp. 1-30.
- «La reforma de la libertad condicional», en GARCÍA ALBERO, R., TAMARIT SUMALLA, J. M., *La reforma de la ejecución penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 90-113.
- «La introducción de la reparación del daño en la ejecución», en GARCÍA ALBERO, R., TAMARIT SUMALLA, J. M., *La reforma de la ejecución penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 114-127.
- *La víctima en el Derecho Penal*, Aranzadi, Navarra, 1998.
- *La reparación a la víctima en el derecho penal (Estudio y crítica de las nuevas tendencias político-criminales)*, Fundación Jaume Callís, Barcelona, 1994.
- Coord. Con SERRANO MASIP, M., VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El Estatuto de las Víctimas de delitos: comentarios a la Ley 4/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- Con PEREDA BELTRÁN, N., *La respuesta de la Victimología ante las nuevas formas de victimización*, Edisofer, Madrid, 2014.
- Con PEREDA BELTRÁN, N., SALINERO ECHEVARRÍA, S., «La victimización de las personas inmigrantes» en TAMARIT SUMALLA, J. M., PEREDA BELTRÁN, N. (Coords.), *Victimología: Teórica y Aplicada*, Huygens Editorial, Barcelona, 2013, pp. 273-287.
- Con LUQUE REINA, E., GUARDIOLA LAGO, M. J., SALINERO ECHEVERRÍA, S., «La Victimización de migrantes. Una encuesta a colombianos en Cataluña», *RECPC*, n.º 13-11, 2011.
- TAMARIT SUMALLA, J. M., con GARCÍA ALBERO, R., RODRÍGUEZ PUERTA, M., J., SÁPENA GRAU, F. (Coords.), *Curso de Derecho penitenciario*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- TARDÓN OLMOS, M., «El Estatuto Jurídico de la Víctima», *Cuadernos de pensamiento político FAES*, n.º 19, 2008.
- TÉLLEZ AGUILERA, A., «Los recursos en la jurisdicción de vigilancia penitenciaria», *La Ley Penal*, n.º 23, 2006, pp. 42-56.
- *Las nuevas Reglas Penitenciarias del Consejo de Europa (una lectura desde la experiencia española)*, Edisofer, Madrid, 2006.

- TÉLLEZ AGUILERA, A., *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*, Edisofer, Madrid, 2005.
- «¿Hacia un Guantánamo español? Reflexiones a partir de la LO 7/2003», *Revista ATIP*, n.º 1, 2004.
- «El régimen disciplinario penitenciario», *La Ley Penal*, n.º 8, 2004, pp. 23-46.
- «Sobre la creación del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria y el nuevo sistema de recursos en la jurisdicción penitenciaria», *Revista SEPIN práctica penal* n.º 5, Septiembre-Octubre, 2003, pp. 11 y ss.
- «La Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: una nota de urgencia», *La Ley*, n.º 4, 2003, pp. 1641-1651.
- «Retos del siglo XXI para el sistema penitenciario español», *ADPCP*, t. 52, 1999, pp. 323-338.
- *Seguridad y disciplina penitenciaria: un estudio jurídico*, Edisofer, Madrid, 1998.
- *Los Sistemas Penitenciarios y sus Prisiones: Derecho y Realidad*, Edisofer, Madrid, 1998.
- «Aproximación al Derecho Penitenciario de algunos países europeos», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, n.º 1818, 01.04.98.
- TELO NÚÑEZ, M., *Concepción Arenal y Victoria Kent: las prisiones. Vida y obra*, Instituto de la Mujer, Madrid, 1995.
- TOCQUEVILLE, A. y BEAUMONT, G., *Del sistema penitenciario en EE.UU. y su aplicación en Francia*, Tecnos, Madrid, 2005.
- TOHARIA CORTÉS, J. J., *La imagen ciudadana de la Justicia*, Fundación BBVA, Bilbao, 2003.
- TOMÉ RUIZ, A., «Montesinos, precursor del sistema progresivo irlandés», *REP*, n. 4, 1945, pp. 29-30.
- TORÁN MUÑOZ, A., «La posición de la víctima en el sistema penal español», en ECHANO BASALDÚA, J. I. (Coord.), *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Llidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, pp. 583-594.
- TORRECILLA COLLADA, M. P., «Balance de la Ley Orgánica General Penitenciaria tras treinta años de vigencia. Necesidad de abordar algunas reformas», *Diario La Ley*, n.7250, Sección Doctrina, 28.09.09.
- TORRES FERNÁNDEZ, M. E., «La expulsión de extranjeros condenados a penas de privativas de libertad inferiores a seis años. Comentario a la STS de 8 de julio de 2004 a propósito de la reforma operada por la LO 11/2003», *RPJ*, n.º 76, 2004, pp. 231-245.
- TORRES ROSELL, N., «Contenido y fines de la pena de localización permanente», *In-Dret*, n.º 1, 2012.
- «La pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Opinión sobre las implicaciones de su aplicación y ejecución», *RGDP*, n.º 4, 2005.

- TRIANA REYES, B., «Doctrina constitucional sobre la necesaria motivación de las expulsiones de extranjeros residentes en España condenados a prisión. A propósito de la STS 14/2017, de 30 de enero», *AA*, n.º 5, 2017, pp. 90-95.
- TRIGO Y FONT, E., *La reforma penitenciaria de Don Manuel Montesinos y Molina*, Imprenta de Bernardo Rodríguez, Madrid, 1917.
- UCELAY, P., «La libertad condicional tras la LO 1/2015», *Blog Jurista de Prisiones*, 15.07.2015.
- VALL RIUS, A., «El desarrollo de la justicia restaurativa en Europa: Estudio comparado con la legislación española», *La Ley*, n.º 4, 2006, pp. 1412-1425.
- VALVERDE MOLINA, J., *La cárcel y sus consecuencias*, Popular, Madrid, 1991.
- *El proceso de inadaptación social*, Popular, Madrid, 1987.
- VAN ZYL SMIT, D., SNACKEN, S., *Principios de Derecho y Política Penitenciaria Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- VV. AA., *Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria de 1992*, CGPJ, Madrid, 1993.
- VV. AA., *Criterios refundidos de actuación de los JJVP en su VIII Reunión*, CGPJ, Madrid, 1995.
- VV. AA., *I Curso Monográfico para Jueces de Vigilancia Penitenciaria, Madrid, 13-16 de noviembre de 1995*, CGPJ, Madrid, 1997.
- VV. AA., *Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los JJVP en su XII reunión*, CGPJ, Madrid, enero 2003.
- VV. AA., *Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los JJVP en sus XVIII reuniones celebradas entre 1981 y 2009*, CGPJ, Madrid, 2009.
- VV. AA., *Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los JJVP en su XIX reunión*, CGPJ, Madrid, 2010.
- VARONA GÓMEZ, D., «La reforma de las penas no privativas de libertad (LO 15/2003): Un paso adelante en el sistema de penas alternativas a la prisión?», *REIC*, n.º 4, 2004.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Comentario al Código Penal. Actualizado por LO 5/2010, de 22 de junio*, La Ley Actualidad, Madrid, 2010.
- VEGA ALOCÉN, M., *Los permisos ordinarios de salida*, Comares, Granada, 2005.
- *La libertad condicional en el Derecho Español*, Civitas, Madrid, 2001.
- VELA MOURIZ, A., «Las diez claves del Estatuto de la Víctima del Delito», *Diario La Ley*, 28.04.15.
- VELÁZQUEZ VIOQUE, D., «Expulsión de extranjeros no residentes legalmente en España», en ORTIZ DE URBINA, I. (Coord.), *Memento Experto Reforma Penal*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2010, pp. 688 y ss.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Las alternativas a la prisión en la reforma de 2015» en *Prisión y alternativas en el nuevo CP tras la reforma 2015*, en LANDA GOROSTIZA, J.-M. (Dir.), GARRO CARRERA, E., ORTUBA Y FUENTES, M. (Coords.), Dykinson, Madrid, 2016, pp. 171-198.

- VILLAMERIEL PRESENCIÓ, J. L., «La Comisión Técnica de reforma del sistema de penas y la reforma penal del año 2003», *Diario La Ley*, n.º 6010, Sección Tribuna, 04.05.04.
- VILLENA GARCÍA, M.A., *Victoria Kent, una pasión republicana*, Debate, Barcelona, 2007.
- V. HIRSCH, A., *Censurar y Castigar*, introducción de Larrauri Pijoan, E., Trotta, Madrid, 1998.
- WALLER, I., *Derechos para las víctimas del delito. Equilibrar la justicia*, Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), México, 2013.
- WARD, T., MARUNA, S., *Rehabilitation: Beyond the risk paradigm*. New York, NY, US: Routledge, 2007.
- ZAFFARONI, E. R., *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 2.ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002.
- ZARAGOZA HUERTA, J., «El tratamiento penitenciario. Su aplicación», *Letras jurídicas*, n.º 3, 2006.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «El tratamiento penitenciario I», en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I, RODRÍGUEZ ZÚÑIGA, L., (Coords.), *Manual de Derecho Penitenciario*, (Coords.), *Manual de Derecho Penitenciario*, Colex, Madrid, 2001, pp. 311-333.

ANEXO NORMATIVO

- LO 1/79, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.
Anteproyecto de reforma de la LOGP, 2005.
Anteproyecto de reforma del CP, 2018.
LO 13/1995, de 18 de diciembre, de modificación de la LOGP.
LO 10/95, de 23 de noviembre, del Código Penal.
LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.
LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.
LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 1/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.
LO 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de seguridad vial.
LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 1/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995 del Código Penal.
LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derecho y libertades de los Extranjeros en España y su integración social.
Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, derogada por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y sustituida por ésta y por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

- Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (desarrollada por el Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo).
- Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima.
- Ley 5/2014, de Seguridad Privada, de 4 de abril.
- Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.
- RD 190/1996, de 9 de febrero por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.
- RD 419/2011, de 25 de marzo, por el que se modifica el Reglamento Penitenciario, aprobado por RD 190/1996, de 9 de febrero.
- RD 1571/2007, de 30 de noviembre, de desarrollo del Ministerio del Interior y por el que la DG de II.PP. pasa a depender de la Secretaría de Estado del Ministerio del Interior.
- RD 1181/2008, de 11 de julio, de desarrollo del Ministerio del Interior y por el que la DG de II.PP. pasa a ser SG de II.PP.
- RD 400/2012, de 17 de febrero, de desarrollo la estructura orgánica del Ministerio del Interior.
- RD 873/2014, de 10 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 400/2012, de 17 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior.
- RD 770/2017, de 28 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior.
- RD 952/2018, de 27 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior.
- Orden INT/1127/2010, de 19 de abril, de Delegación de Competencias.
- Orden INT/1202/2011, de 4 de mayo, por la que se regulan los ficheros de datos de carácter personal del Ministerio del Interior.
- Circular 1/2004, de la Secretaria de Serveis Penitenciaris, Rehabilitació i Justícia Juvenil.
- Instrucción 3/2015 de los Servicios penitenciarios de Cataluña.
- RD 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de la penas privativas de libertad y sustitución de penas.
- RD 1109/2015, de 11 de diciembre de desarrollo del Estatuto de la Víctima.
- Instrucción 1/2000, DG.II.PP., sobre criterios para emisión de informe médico para estudios de posible aplicación del arts. 104.4 y 196.2 RP.
- Instrucción 2/2005, DG.II.PP., sobre las indicaciones para la adecuación del procedimiento de actuación de las Juntas de Tratamiento a las modificaciones normativas introducidas por la Ley orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.

- Instrucción 5/2008, SG. II. PP., de actualización de la Instrucción 18/2005, sobre Normas con internos Extranjeros.
- Instrucción 18/2005, DG. II. PP., de actualización de la Instrucción 14/2001, sobre Normas con internos Extranjeros.
- Instrucción 21/2011, SG. II. PP., de actualización de la Instrucción 18/2005, sobre Normas con internos Extranjeros.
- Instrucción 12/2006, DG. II. PP., sobre programación, evaluación e incentivación de actividades y programas de tratamiento.
- Instrucción 13/2006, DG.II.PP., sobre aplicación de medios telemáticos.
- Instrucción 17/2007, DG.II.PP., sobre el beneficio penitenciario del indulto particular.
- Instrucción 3/2010, SG.II.PP., sobre protocolo de actuación en materia de seguridad.
- Instrucción 2/2011, SG.II.PP., sobre el Código Deontológico.
- Instrucción 12/2011, SG.II.PP., de internos de especial seguimiento, medidas de seguridad.
- Instrucción 17/2011, SG.II.PP., sobre Protocolo de actuación y normas de régimen cerrado.
- Instrucción 18/2011, SG.II.PP., sobre Niveles de intervención en Módulos de Respeto.
- Instrucción 19/2011 de la SG. de II. PP. del cumplimiento de las medidas de seguridad competencia de la Administración Penitenciaria.
- Instrucción 1/2012, SG.II.PP., sobre Permisos de Salidas y Salidas Programadas.
- Instrucción 4/2015, SG. II. PP., sobre aspectos de la ejecución penal afectados por la reforma del CP en la LO 1/2015, de 30 de marzo.
- Instrucción 3/2017, SG.II.PP., sobre Procedimiento para la emisión de informe médico y tramitación de la excarcelación por enfermedad muy grave con padecimientos incurables.
- Orden de Servicio 4/2018 sobre salidas programadas, Dirección General de Ejecución Penal y Reinserción Social, SG.II.PP.
- Orden de Servicio 1/2019, de 24 de enero, sobre infracciones cometidas fuera del establecimiento, SG.II.PP.
- Instrucción 3/2019, Normas Generales para Internos Extranjeros, SG.II.PP.
- Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de julio de 2005, relativo al procedimiento para autorizar actividades laborales a penados extranjeros en régimen abierto o en libertad condicional.
- Circular 5/2011 FGE con motivo de la LO 5/2010 de reforma del CP.
- Circular 1/2014 FGE, con motivo de la ejecución de la pena de localización permanente.

OTRAS FUENTES CONSULTADAS

- Informe del Colegio de Abogados de Madrid al Anteproyecto de RP de 26.11.95, Colegio Abogados de Madrid, 1995.
- Informe del Defensor del Pueblo 1993, *Defensor del Pueblo. Informes, estudios y documentos*, 1988-1996, Madrid, 1997.
- Memoria del Defensor del Pueblo correspondiente a 1998, BOE de las Cortes Generales, n. 357, de 23.06.1999, pp. 29 y ss.
- Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de LO de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, Comisión de Estudios e Informes, 2003.
- Dictamen sobre la aplicación retroactiva del régimen de libertad condicional, Fiscal de Sala Delegado de Vigilancia Penitenciaria.
- Informe sobre la eficacia de las predicciones de peligrosidad de los informes psicológicos forenses emitidos en los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria de Madrid, elaborado por la Psicóloga Forense Gómez Hermoso, M. R., y presentado el 20 de septiembre de 2012 en el Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid. <http://www.copib.es/pdf/Vocalies/Juridica/2012-11-18%20predicciones.pdf>.
- Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal, 20.12.12.
- Informe del CGPJ al Anteproyecto de la LO 1/2015 de reforma del CP, Comisión de Estudios e Informes, diciembre 2012.
- Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito emitido el 31 de enero de 2014 y el voto particular sobre el mismo.
- 121/000065 Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, núm. 66-1, 04.10.13.
- Informe CIE Pueblos Unidos 2016.

PNL 161/001991 del Grupo Parlamentario de Ciudadanos sobre el reconocimiento de agentes de autoridad a los funcionarios de prisiones, presentada el 08.06.17 para su debate en la Comisión de Interior del Congreso de los Diputados el 28.06.17. Volúmenes dedicados a la *Jurisprudencia Penitenciaria* de los años 2003 a 2016, editados por la SG.II.PP.

Conclusiones de las Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria de 2017.

Conclusiones de las Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria de 2016.

Criterios y Acuerdo sobre la especialización del JVP, aprobados en el encuentro de JJVP celebrado en Málaga los días 29-31 de mayo de 2017.

Los datos estadísticos de II.PP. se han obtenido a través de la página:

<http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/documentos>

En concreto:

Informe General 2009, SG. II. PP., 2010.

http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/publicaciones/Informe_General_2009.pdf

Última consulta 07.01.18.

Informe General 2012, SG. II. PP., 2013.

http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/publicaciones/Informe_General_2012_acc_Web.pdf

Última consulta 07.01.18.

Informe General 2013, SG. II.PP., 2014.

http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/publicaciones/Informe_General_2013_Web_acc.pdf

Última consulta el 07.01.18.

Informe General 2014, SG. II.PP., 2015.

http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/publicaciones/Informe_General_2014_def_acc.pdf

Última consulta el 07.01.18.

Informe General 2015, SG. II.PP., 2016.

http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/publicaciones/Informe_General_2015_acc.pdf

Última consulta 07.01.18.

Informe General 2016, SG. II.PP., 2017.

http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/publicaciones/Informe_General_2016_acc.pdf

Última consulta el 07.01.18.

Estadística mensual octubre 2016 internos por grado de clasificación.

<http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/documentos/estadisticas.html?r=m&adm=TES&am=2016&mm=10&tm=GRAD&tm2=GENE>

Última consulta el 16.12.16.

Estadística mensual octubre 2015 internos por grado de clasificación.

<http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/documentos/estadisticas.html?r=m&adm=TES&am=2015&mm=10&tm=GRAD&tm2=GENE>

Última consulta el 16.12.16.

Estadística mensual octubre 2016 internos por situación penal procesal.

<http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/documentos/estadisticas.html?r=m&adm=TES&am=2016&mm=10&tm=SITU&tm2=SITU>

Última consulta el 16.12.16.

Estadística mensual octubre 2015 internos por situación penal procesal.

<http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/documentos/estadisticas.html?r=m&adm=TES&am=2015&mm=10&tm=SITU&tm2=SITU>

Última consulta el 16.12.16.

Estudio sobre los perfiles de los condenados a Trabajos en Beneficio de la Comunidad realizado por la Subdirección General de Penas y Medidas Alternativas para el año 2010.

Disponible en:

<http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/PenasyMedidasAlternativas>.

Última consulta 07.01.17.

Sobre el programa NACAR

http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/Noticias/Noticias/noticia_0251.html?fototeca=n

Última consulta 07.01.18.

Sobre la Obra Social de la Caixa y los programas Incorpora y Reincorpora.

http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/Noticias/Noticias/noticia_0331.html

Última consulta 07.01.18.

Protocolo de aplicación del programa marco de atención integral a enfermos mentales en centros penitenciarios (PAIEM).

Disponible íntegramente en:

http://www.iipp.es/web/export/sites/default/datos/descargables/descargas/Protocolo_PAIEM.pdf

Última consulta el 07.01.18.

Diario El Mundo, 19 de febrero de 2014, entrevista a García Arán, M., tras su participación en la Comisión de Justicia del Congreso el 18 de febrero.

La herencia normativa y el momento de optimismo histórico en el que se redacta la LO 1/1979, General Penitenciaria, hacen que nuestro sistema penitenciario vaya más lejos que sus antecesores. Primero, porque su diseño de cumplimiento trata de adaptarse a las necesidades de cada interno, respondiendo a lo que se conoce como sistema de individualización científica. Segundo, porque en función de lo anterior, el régimen de cumplimiento se somete al tratamiento penitenciario, que se convierte así en el núcleo de la ejecución de la pena de prisión.

A pesar de no tratarse de un sistema perfecto, lo cierto es que hasta hace unos años Derecho Penal y Derecho Penitenciario caminaban en una misma dirección. Sin embargo, las reformas penales que se vienen sucediendo desde el año 2003 provocan tensiones continuas entre ambos cuerpos normativos.

El presente trabajo repasa tanto los fallos internos de nuestro sistema penitenciario, como la oleada normativa de carácter penal que se viene produciendo. De este modo, se muestra cómo las reformas llevadas a cabo no inciden en los verdaderos fallos del sistema penitenciario, sino que se obcecan en cercenar la potencialidad de lo que probablemente constituye el elemento más valioso del sistema: el principio de flexibilidad y las posibilidades que ofrece en cuanto a la individualización del cumplimiento.

En este contexto, se apela a la responsabilidad de los Juristas, como pieza clave en el organigrama de Instituciones Penitenciarias en tanto que miembros de los Equipos Técnicos. Más allá de la burocratización que el sistema impone, y que sirve para consolidar el *statu quo* implantado, han de recordar en cada una de sus actuaciones, cuáles son los principios rectores de la institución para la que trabajan, la primacía de los mismos conforme a una normativa que, hoy por hoy, continúa vigente, y la relevancia de que la situación individualizada de los internos sea lo determinante en la decisión administrativa que finalmente se adopte en cada caso.