

Individualización garantista en el ejercicio de la discrecionalidad penitenciaria

VICENTA CERVELLÓ DONDERIS

Catedrática de Derecho Penal
Universitat de València

RESUMEN

El presente trabajo analiza el margen de actuación que tienen los órganos penitenciarios para adaptar la forma de cumplimiento de la pena de prisión a las necesidades individuales de cada interno. Para ello se critica el excesivo protagonismo de elementos ajenos a la ejecución, como la gravedad del delito y de la pena, las prácticas penitenciarias poco motivadas o estereotipadas y la importancia de la disciplina en elementos propios del tratamiento. Como alternativa se defiende un modelo discrecional reglado para que mejore la seguridad jurídica del interno y se priorice la resocialización sobre el aseguramiento y el castigo.

Palabras clave: *discrecionalidad penitenciaria, seguridad jurídica, motivación, resocialización.*

ABSTRACT

The following essay analyses the penitentiary organ's margin for discretion when adapting prison sentences to individual needs of prisoners. For this purpose, the following aspects of penitentiary treatment are criticized: the importance given to elements which have nothing to do with execution (such as the seriousness of the crime and of the punishment), the unmotivated or stereotyped penitentiary practices, and the relevant role assigned to discipline. In order to address these problems, a discretionary regulated model is proposed to improve legal security and prioritise re-socialization over assurance and punishment.

Key words: *penitentiary discretion, juridical security, motivation, resocialization.*

SUMARIO: 1. Introducción.–2. Modelos de ejecución penitenciaria. 2.1 Planteamiento. 2.2 El modelo retributivo-objetivo. 2.3 El modelo discrecional. 2.4 El modelo individualizador.–3. Seguridad jurídica y dinámica penitenciaria. 3.1 La exigencia de la garantía de legalidad en la ejecución. 3.2 Problemática de las diferenciaciones colectivas. 3.3 La heterogeneidad de los criterios individualizados de actuación.–4. Individualización garantista. 4.1 Los límites de la individualización penitenciaria. 4.2 Discrecionalidad reglada. 4.2.1 Criterios específicos de valoración. 4.3 Motivación y control judicial. 4.3.1 El recurso de casación por unificación de doctrina.–5. Conclusiones.–6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Existe una permanente preocupación por la tutela de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, en su mayoría centrada en garantizar unas condiciones mínimas de respeto a la dignidad humana, siendo lo más destacable la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos y degradantes, la exigencia de unas condiciones razonables de habitabilidad relacionadas con un alojamiento digno y no masificado, y la protección de la salud en sentido amplio que contemple tanto el derecho a la asistencia médica como el de una alimentación adecuada. Una vez estas exigencias mínimas se ven garantizadas, la atención se desplaza hacia los aspectos cuantitativos y cualitativos de la pena de prisión, es decir, de un lado hacia la duración del encarcelamiento con un rechazo general a la privación de libertad excesivamente prolongada por los evidentes perjuicios que provoca, y de otro, pero no por ello de menor importancia, hacia las condiciones en las que se va a desarrollar su cumplimiento, es decir, la modalidad o régimen de vida en prisión, y es en ese aspecto en concreto donde cobra relevancia no solo la dureza legislativa reflejada en la existencia de penas de extremada duración que vienen acompañadas de numerosas restricciones de derechos y de obstáculos para mejorar la calidad de vida en prisión, sino especialmente el desconocimiento sobre las reglas de aplicación de las mismas, ya que en la mayoría de los casos vienen caracterizadas por un amplio margen de discrecionalidad en la toma de decisiones, pese a su estrecha relación con el derecho a la libertad. (1)

(1) TINEDO FERNÁNDEZ, G. «Alcance de la función jurisdiccional en fase de ejecución» *Capítulo criminológico* vol 34, n.º 3. Julio-Septiembre 2006, p. 326.

De esta forma, si bien la prioridad del deber de custodia y el mantenimiento del orden disciplinario, por un lado, o la preferencia de la función tratamental sobre los reclusos dirigida a facilitar su reinserción, por otro, pueden ayudar a definir respectivamente el carácter meramente disciplinario o humanitario de la prisión, es en la coherencia, imparcialidad y justificación de las decisiones que tomen los órganos penitenciarios en relación a la situación jurídica de los internos, donde puede residir la clave para apostar por un modelo de prisión que además de humano sea eficaz, ya que estas condiciones mejorarían las expectativas que los internos tienen sobre la tutela de sus derechos provocando una percepción más positiva sobre la legitimidad de la institución, lo que allanaría el camino para reducir los conflictos y facilitar la integración social. (2)

Con este planteamiento se quiere destacar que la protección de los derechos humanos, como pilar de la ejecución penitenciaria, debe ir unida inexorablemente a la exigencia del cumplimiento de legalidad y seguridad jurídica en cualquier restricción o limitación de los mismos como garantía para evitar decisiones arbitrarias o excesivamente discrecionales, ya que es notorio el rechazo a una concepción de la relación de sujeción especial excesivamente tolerante con la normativa administrativa dada su baja exigencia con el principio de legalidad. (3)

De esta forma, la reflexión sobre el margen de discrecionalidad de la Administración penitenciaria centra la controversia en las propuestas y decisiones de los órganos administrativos, tales como Equipos Técnicos, Juntas de Tratamiento y Centro Directivo (4), siendo de especial importancia los efectos que producen sobre la modalidad de cumplimiento de la condena, y en particular en torno a situaciones intrapenitenciarias que permiten avances en la restricción de libertad como puedan ser los permisos de salida y la clasificación en grados, en ambos casos paradigma de la diversidad del cumplimiento penitenciario. La razón de su importancia es el protagonismo que adquieren los informes y propuestas de los órganos penitenciarios tanto cuando se trata de materias que quedan bajo su competencia, como

(2) VAN ZYL SMIT, D./SNACKEN, S. *Principios de Derecho y Política penitenciaria europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 89.

(3) Como señala MATA MARTÍN, R. «El principio de legalidad en el ámbito penitenciario» *Revista General de Derecho Penal* 14 (2010) p. 24, la STC 61/1990 de 29 de marzo ya exige que las relaciones de sujeción especial tengan plena vinculación con el principio de legalidad y los derechos fundamentales afectados.

(4) El planteamiento de esta misma reflexión sobre los órganos judiciales respondería a una problemática diferente debido a la independencia judicial que rige en sus actuaciones.

cuando se tratan de decisiones propias del Juez de vigilancia que van a requerir previos informes dictados también por dichos órganos administrativos.

El interés que despierta el amplio campo de discrecionalidad que ostenta la Administración en la fase de ejecución penitenciaria es debido a los riesgos de vulneración de diversos derechos fundamentales, entre ellos, el principio de igualdad por las diferenciaciones de trato injustificadas, del principio de legalidad por la incertidumbre de la forma de ejecución, del principio de proporcionalidad por las restricciones indebidas y del respeto al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana por el uso de criterios correctivos premiales más propios de una concepción de la pena como mera expiación (5), por ello, la superación de los sistemas de ejecución absolutamente abiertos pasa por su transformación hacia un sistema de reconocimiento reglado de derechos dentro de una adecuada cobertura legal.

Estas exigencias de legalidad y seguridad jurídica en la ejecución penal y penitenciaria suponen un gran reto al permitir la extensión de dichos límites a un espacio tradicionalmente olvidado como es la modalidad concreta de cumplimiento, lo que sirve para centrar como objeto de estudio la definición de un modelo garantista de ejecución penitenciaria (6) en el que, sobre la base de una rigurosa cobertura legal que tutele la protección de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad como reflejo de la orientación constitucional hacia la reeducación y reinserción social, sea posible reducir la incertidumbre y arbitrariedad de las decisiones que afecten a la libertad de movimientos, de manera que todo interno tenga la posibilidad de conocer con antelación las condiciones requeridas para cualquier medida que afecte al régimen y modalidad de vida penitenciaria, que su adopción se rija por criterios objetivos y no solo discrecionales, y que la adecuada motivación de las razones esgrimidas para su concesión o denegación permita a los internos ejercer el derecho a impugnar judicialmente toda decisión administrativa.

(5) FERRAJOLI, L. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trad. P. Andrés Ibáñez y otros, 6.^a ed. Madrid, Trotta, 2004, p. 396-397.

(6) Un modelo garantista en la concepción de Ferrajoli es el que dispone de suficientes garantías o técnicas para asegurar la efectiva tutela de los derechos de los condenados, especialmente frente a decisiones administrativas o judiciales arbitrarias. FERRAJOLI, L. «Garantías y Derecho penal» en J. O. Sotomayor (Coord.) *Garantismo y Derecho penal*, Colombia, Temis, 2006, p. 3.

2. MODELOS DE EJECUCIÓN PENITENCIARIA

2.1 Planteamiento

Como paso previo a establecer los tres niveles de exigencia ya mencionados de una ejecución garantista: legalidad en la determinación de las condiciones requeridas para cualquier medida que afecte al régimen y modalidad de vida penitenciaria, seguridad jurídica mediante su aplicación con criterios objetivos derivados de reglas predeterminadas, y control judicial de toda decisión que afecte a los derechos de los internos, se va a proceder a señalar las diferencias entre los modelos de ejecución basados en la retribución que se caracterizan por su rigidez y aquellos otros que debido a sus influencias preventivas admiten más variaciones, dada su directa correspondencia con la generalización o individualización en la aplicación de las figuras penitenciarias.

Cada vez es más evidente que la posición sobre la potestad estatal de castigar a todo sujeto responsable de un hecho delictivo reflejada en las distintas finalidades de la pena alcanza no solo a la legitimidad otorgada al *ius puniendi*, sino también a la correspondiente forma de cumplimiento. Desde una perspectiva retributiva basada en la compensación del daño producido la pena prolonga su proporcionalidad vinculada a la gravedad del delito, configurando una ejecución desprovista de finalidades ajenas al mero castigo y un cumplimiento íntegro sin posibilidad alguna de excarcelaciones anticipadas (7), ya que el carácter irrenunciable de la pena, propio de una concepción formal de la Justicia, impide cualquier alteración sobre la modalidad de cumplimiento. Desde una posición utilitarista, sin embargo, la ejecución se abre a la finalidad de reducir futuros delitos permitiendo aprovechar el cumplimiento de la pena y sus posibles variaciones para fines ulteriores, lo que puede ser positivo si se dirige a la recuperación social del condenado, pero corre el riesgo de ser utilizado para buscar el efecto ejemplarizante o de mera cohesión social de una ejecución especialmente aflictiva.

De esta forma cuando por influencias retributivas la proporcionalidad se traslada a la ejecución con la finalidad de unificar la modalidad de cumplimiento de forma generalizada, la consecuencia más inmediata es que se descuida la necesaria individualización a tener en cuenta en la ejecución penitenciaria, lo que también sucede con el nuevo retribucionismo que representa la prevención general positiva, ya que

(7) ÁLVAREZ GARCÍA, J. *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español* Granada, Comares, 2001, p. 92.

cuando la pena sirve para reafirmar la vigencia de la norma, se utilizan reformas legislativas que, bajo el pretexto de mejorar la confianza en la justicia, la cohesión social y el sentimiento de seguridad, no cesan de prolongar la privación de libertad, bien a través de penas propiamente largas de prisión, como de la creación de figuras que prolongan la estancia en prisión mediante la interposición de obstáculos a la excarcelación, prácticas todas ellas que como más adelante se analizará son una forma de reducir la flexibilidad de la pena a través de tratamientos penitenciarios diferenciados aplicados de forma generalizada. (8)

Una opción diferente es la que apuesta por la intervención individual sobre el sujeto privado de libertad a través de la eficacia educativa e integradora de la pena, en cuyo caso las actuaciones directas sobre el condenado se guían por la finalidad de facilitar un cumplimiento más humano de la prisión capaz de valorar la evolución positiva del sujeto (9), lo que tampoco está libre de riesgos bien porque el peso de las expectativas de futuro de lugar a una ejecución abierta e indeterminada a los cambios individuales con la peligrosidad criminal como referente en la aplicación de las figuras penitenciarias, lo que corre el riesgo de minar las garantías individuales, bien porque la falta de confianza en dichas expectativas de lugar a la recuperación de la segregación y el aislamiento social a través del encierro prolongado como instrumento dirigido a impedir cualquier contacto con el medio social.

La defensa de estos planteamientos de forma única o mixta es lo que da lugar a diversos sistemas de ejecución que se pueden sintetizar en torno a tres ideas que sirven de fundamentación para organizar la vida penitenciaria y diseñar las estrategias de actuación: a) en el primero de ellos el binomio retribución-prevención es el que señala el marco de actuación penitenciaria dirigido a mantener la idea de castigo meramente formal o bien apostar por la prevención de delitos futuros, b) en el segundo la opción por la culpabilidad o la peligrosidad servirá para que la ejecución siga manteniendo como referencia la gravedad del delito y de la pena o bien opte por explorar las posibili-

(8) PAVARINI, M./MOSCONI, G. «Discrecionalidad del poder penitenciario; la flexibilidad de la pena en la fase ejecutiva en la actividad de los Tribunales de Vigilancia» *Delito y sociedad. Revista de ciencias sociales* n.º 11-12, 1998, p. 1.

(9) En este sentido, vincular el sistema de individualización científica como forma de cumplimiento a la teoría de la prevención especial, supone ratificar la expectativa de cambios en el sujeto dirigidos a una mejor adaptación a la vida en libertad, en lo que tiene una especial relevancia los acortamientos de la estancia en prisión como alternativa al cumplimiento íntegro de la pena, SOLAR CALVO, P./LACAL CUENCA, P. «El sistema de individualización científica: estructura básica y principios» *Revista de Estudios Penitenciarios* n.º 26, 2018, p. 82-83.

dades de rehabilitación que presenta el condenado, y finalmente c) fijada la finalidad retributiva o preventiva y con ello la opción por mantener el carácter aflictivo o utilitario de la ejecución, deberán fijarse los límites de actuación de las autoridades penitenciarias para encontrar el punto medio entre la seguridad jurídica extrema donde la vinculación legal anula cualquier tipo de referencia valorativa, y la discrecionalidad funcional absoluta donde el elevado margen cedido a los órganos administrativos provoca incertidumbre e indefensión.

Todos estos objetivos presentan continuos conflictos (10), ya que una ejecución inspirada por la finalidad retributiva, aunque pueda mejorar la seguridad jurídica, es incompatible con estadios de semilibertad como puedan ser los permisos de salida, el régimen abierto o la libertad condicional que en términos generales tan buenos resultados ofrecen, y por su parte, una ejecución abierta en función de la evolución de cada sujeto puede ser contraproducente ya que las dificultades para predecir la conducta humana y sus necesidades de intervención, pueden desembocar en decisiones arbitrarias y discrecionales; del mismo modo el desarrollo de los derechos de las personas encarceladas, y en especial el de reinserción social, puede chocar con la idea de justicia y seguridad que se percibe en el exterior, siendo de especial importancia los avances de justicia restaurativa en sede ejecutiva como puente de unión entre prisión y sociedad. Por eso resulta necesario establecer las diferencias entre los modelos anteriormente mencionados con el fin de seleccionar aquel que partiendo de la prioridad del objetivo resocializador en el ámbito de la ejecución sea capaz de conciliar seguridad jurídica, ejecución flexible e integración social.

2.2 El modelo retributivo-objetivo.

Una ejecución penitenciaria basada en el modelo retributivo es aquella que mantiene las referencias a la gravedad del delito cometido, la responsabilidad del sujeto y la pena impuesta como fundamento del régimen de vida que vaya a seguirse durante el cumplimiento de la condena, lo que si bien en el ámbito de la imposición judicial puede resultar beneficioso por su capacidad para garantizar una equiparación o equilibrio entre el mal causado y la sanción recibida, en el ámbito de la ejecución trata de impedir cualquier modificación sobre la integridad de la pena impuesta en sentencia judicial por su rechazo

(10) VAN ZYL SMIT, D./SNACKEN, S. *Principios...* cit. p. 131.

a cualquier cambio posterior, por mucho que afecte exclusivamente a la modalidad de cumplimiento.

Esto es consecuencia de la confusión entre la retribución como garantía o límite negativo que impide imponer una pena si no ha habido previo delito (*nulla pena sine crimine*) con la retribución como justificación en virtud de la cual a todo delito le debe corresponder una pena (*nullum crimen sine poena*) (11), lo que supone una pena inderogable con una ejecución inamovible en la que el objetivo de proporcionalidad debe ser cumplido también en su cumplimiento, bajo la idea que cualquier cambio que afecte a la mejora de las condiciones penitenciarias es entendido como un injustificado privilegio que le aparta de su inicial aflicción.

En este sentido, la proyección retributiva de la ejecución como justificación del castigo se ciñe a equiparar pena impuesta y pena cumplida, sin posibilidad de eludir o alterar la pena correspondiente al delito cometido, pero no hay que olvidar que la retribución también debe actuar como límite y en este caso debería garantizar la imposibilidad de provocar más restricciones que las inherentes a la propia privación de libertad, lo que entra en contradicción con las numerosas privaciones derivadas directamente del propio encarcelamiento, tales como el aislamiento social, la separación familiar, la pérdida de trabajo, o el deterioro psíquico, pero también con aquellas estrechamente relacionadas con la restringida aplicación de figuras penitenciarias que suponen un ineludible obstáculo en la consecución del objetivo resocializador.

De estos dos aspectos, suele ser preferente el primero, es decir, aquel que se centra en propugnar la inamovilidad de la ejecución con el rechazo abierto a cualquier modificación del cumplimiento que pueda alejarse de la penosidad de la condena inicialmente impuesta, lo que reduce los posibles cambios en el transcurso de la condena a aquellos que vienen impulsados por la propia legislación, y en todo caso vinculados a la existencia de criterios meramente objetivos al margen de las características individuales de cada sujeto como criterio rector de la fase de cumplimiento que suelen ser ignoradas. Cuando la vinculación de estas figuras a la duración de la pena produce su excesiva demora o inaplicación, el efecto es una agravación adicional a la condena impuesta inicialmente en el sentido más retributivo de la respuesta punitiva. (12)

(11) FERRAJOLI, L. «El paradigma del Derecho penal mínimo» en J. O. Sotomayor (Coord.) *Garantismo y Derecho penal*, cit. p. 61.

(12) VAN ZYL SMIT, D./SNACKEN, S. *Principios...* cit. p. 478.

Supuestos de este tipo de planteamiento retributivo de ejecución han ido aumentando en la legislación penal y penitenciaria, como se refleja en los siguientes ejemplos:

a) Dar prioridad al tipo de delito y a los plazos temporales por delante de la evolución personal en diversos aspectos de la clasificación penitenciaria o en la concesión de figuras penitenciarias que amplían espacios de libertad, lo que desnaturaliza el sistema penitenciario de individualización científica produciendo un evidente menosprecio a la labor de los Equipos técnicos y Juntas de tratamiento en la decisión del régimen y tratamiento más adecuado para cada caso en función de las características individuales. Como muestras concretas de esta tendencia se puede citar la referencia a la naturaleza de los delitos cometidos entre los criterios a ponderar en la progresión al primer grado en el art. 102.5 RP, la exigencia del periodo de seguridad para la clasificación en tercer grado o los periodos de seguridad específicos de permisos de salida, régimen abierto y libertad condicional en la prisión permanente revisable.

b) Incluir estrategias restrictivas de derechos de forma generalizada, sin atender a las características individuales de cada interno, como ocurre con la negación o restricción de beneficios penitenciarios que recoge el art. 78 CP en función de la duración de la condena o la prolongación postcarcelaria de la intervención punitiva que supone la libertad vigilada, obligatoria en algunos delitos, lo que lleva implícita la presunción del fracaso de la función rehabilitadora de la prisión.

Son tres las consecuencias que se pueden destacar de esta modalidad de política penitenciaria:

En primer lugar, como se puede observar, la mayoría de estas previsiones se recogen en el Código penal, lo que además de ser discutible por la invasión que supone de la materia penal en la normativa penitenciaria, provoca que sea la finalidad retributiva, más propia de las normas penales, la dominante por encima de la resocializadora, más propia de las penitenciarias.

En segundo lugar se hace depender la concesión de figuras penitenciarias de criterios estrictamente objetivos como sin duda se puede calificar a la duración de la pena, el tiempo de condena transcurrido y la clase o naturaleza del delito cometido, lo que es un uso inadecuado de elementos más propios del enjuiciamiento que del diseño del programa de ejecución a seguir por cada sujeto al optar por una prisión punitiva y ejemplarizante bastante alejada del enunciado constitucional.

Y por último el predominio de criterios retributivos y objetivos convierte la ejecución en una fase estática donde solo la aplicación automática de la ley permite ligeros cambios en la modalidad de cum-

plimiento, lo que anula la función de los profesionales penitenciarios e ignora las necesidades de intervención de cada condenado. (13)

Dados estos inconvenientes, cuando se abandona el criterio de la gravedad de la pena como único criterio regulador de su extensión e intensidad, se puede incorporar los aspectos personales del condenado que, o bien quedan a merced de los órganos administrativos para su consideración discrecional, o bien se agrupan en torno a la idea de pronósticos de conducta futura con el fin de determinar la forma y duración de la condena.

2.3 El modelo discrecional

Como contrapunto al modelo retributivo en el que criterios objetivos asociados a la gravedad del delito y de la pena convierten la ejecución en algo vindicativo, estático y resistente a los cambios, un modelo discrecional o abierto sería aquel en el que la Administración concentra casi de manera exclusiva la capacidad de decidir la modalidad de cumplimiento, lo que transforma la determinación judicial sobre el hecho cometido que conlleva la pena impuesta en un juicio sobre el autor emitido por los Equipos técnicos. (14)

Ferrajoli, firme defensor del garantismo, ha sido especialmente crítico con el modelo de ejecución flexible y la excesiva discrecionalidad de la ejecución penal que conlleva, ya que en su opinión provoca un despotismo de las autoridades penitenciarias muy similar al arbitrio ejercido previo al Estado moderno, con ello entiende que se corre un doble riesgo: en primer lugar el desplazamiento del efecto ejemplarizante de la pena que pasa de la amenaza en la previsión legal a la amenaza en la condena que asume un papel simbólico de lo que es posible, pero no necesario, que pueda ocurrir en su trayecto, y en segundo lugar la instrumentalización de la disciplina como control de voluntades tendente a ofrecer beneficios y reducciones de pena a cambio de buena conducta y arrepentimiento. (15) Con ello mantiene que reducir las condenas por la obtención de buenos resultados es incompatible con su modelo garantista de Derecho penal, ya que el efecto intimidante no recae sobre la pena, sino sobre las posibilidades efectivas de condena real y sobre las valoraciones de los internos basadas en

(13) DÍEZ RIPOLLES, J. L. «El abuso del sistema penal» en *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología* 19.1 (2017) p. 14.

(14) TINEDO, G. *op. cit.* p. 331.

(15) FERRAJOLI, L. *Derecho y razón...* cit. p. 407-408.

aspectos disciplinarios que pasan a ser un instrumento de gobierno de la vida penitenciaria. (16)

Es difícil no compartir la preocupación por la laxitud del principio de legalidad en la fase de ejecución por la inseguridad jurídica que genera, y en especial, con el excesivo subjetivismo que preside la concesión de figuras penitenciarias y la consiguiente indefensión ante legítimas expectativas que no logran ser cubiertas (17), sin embargo no debe confundirse el evidente rechazo a las penas de duración indeterminada, dada la vulneración que suponen de los principios de legalidad, proporcionalidad y seguridad jurídica, con las penas de duración determinada con forma de cumplimiento flexible que es donde cabe hacer una reflexión crítica sobre el alcance al que puede llevar la discrecionalidad con el fin de evitar situaciones de difícil legitimación. Plantear un sistema lineal de cumplimiento sin atender a la evolución del tratamiento del penado puede llevar a una ejecución más punitiva e inamovible que impida posibles parcelas de libertad, lo que no impide que en aras a garantizar la seguridad jurídica resulte necesario buscar alternativas al automatismo y discrecionalidad como patrones de funcionamiento orgánico.

En este proceso de refuerzo de garantías son varias las paradojas con las que nos vamos a encontrar, por ejemplo que la criticada discrecionalidad en la concesión de las medidas que pueden facilitar el tránsito hacia la finalización de la condena se traduzca en un excesivo automatismo en su imposición, y ello es así entre otras razones porque los criterios a tener en cuenta reposan en exceso sobre la gravedad de los hechos delictivos o la duración de la pena, o que las valoraciones sobre las circunstancias personales del autor que denoten posibilidades de vivir en libertad se apoyen en inciertos pronósticos de peligrosidad, cuyas dificultades de concreción (18) suelen desviarlos de nuevo a referencias estrictamente punitivas.

De esta forma un nivel de discrecionalidad rechazable sería aquel en el que el carácter meramente administrativo del cumplimiento de la pena justifique una plena autonomía de la Administración en la regulación y aplicación de la ejecución penal con normas propias sin rango de ley, y por tanto vulnerado el principio de legalidad, con una total

(16) FERRAJOLI, L. *Derecho y razón...* cit. p. 408.

(17) FERRAJOLI, L. *Derecho y razón...* cit. p. 409. JUANATEY DORADO, C. «Política criminal, reinserción y prisión permanente revisable» *ADPCP* Tomo LXXV 2012, p. 142.

(18) MARTÍNEZ GARAY, L. «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad» en E. Orts (Dir.) *Derecho penal de la peligrosidad y prevención de la delincuencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 21.

libertad para su aplicación con criterios subjetivos que afectan al principio de certeza y un control judicial del que a veces incluso se cuestiona su naturaleza penal por considerarla más administrativa. Este poder casi absoluto en la modulación ejecutiva de la pena representa un moderno despotismo en sede de ejecución igualmente rechazable que la arbitrariedad de las penas del Antiguo Régimen. (19)

La regulación administrativa de la normativa penitenciaria, como podía ser la existente antes de la promulgación de la LOGP, es buen ejemplo de ello ya que no solo carecía de un marco legal adecuado, sino que otorgaba a la Administración plenas atribuciones en orden a la clasificación, destino y concesión de contactos con el exterior. Situaciones similares se producen cuando habiendo una ley como marco legal de la actividad penitenciaria, el reglamento de desarrollo no respeta la jerarquía normativa o las normas administrativas de organización interna se exceden de su cometido modificando los aspectos de ejecución contemplados en la ley. Sin embargo, más allá de estos supuestos, que en realidad son vulneraciones del principio de legalidad como garantía de seguridad jurídica, donde más se puede manifestar el poder discrecional de la Administración es cuando el texto legal hace depender la modalidad de cumplimiento exclusivamente de términos ambiguos e indeterminados, como sucede con la regulación de los requisitos para la obtención de permisos de salida o la clasificación en tercer grado, que reposan sobre conceptos tan abiertos como ausencia de mala conducta o capacidad de vivir en semilibertad respectivamente, o cuando se crean espacios punitivos específicos tomando como referencia pronósticos de peligrosidad como sucede especialmente con la suspensión o prolongación de la prisión permanente revisable y con la concesión y revocación de la libertad condicional.

Las críticas a la utilización de términos abiertos e indeterminados suelen justificarse sobre la base de la necesidad de adaptar la aplicación de las figuras penitenciarias a las necesidades individuales de cada sujeto, ya que como superación a los sistemas que basan sus decisiones en criterios solo retributivos o de concesiones o denegaciones generales, la alternativa es la concesión individualizada y flexible, sin embargo la principal crítica que puede formularse a ambos modelos es que en el primer caso se detecta una cierta desconfianza a la función de los profesionales de la ejecución penitenciaria al optar por una prisión punitiva y ejemplarizante bastante alejada del enunciado constitucional, lo que afecta a la flexibilidad del régimen penitenciario que ve como el rigor cronológico de la pena se impone a las circunstancias personales

(19) FERRAJOLI, L. *Derecho y razón...* cit. p. 408.

del penado (20), mientras que en el segundo una excesiva individualización puede derivar en una cierta dejación de las necesarias garantías que deben acompañar a cualquier medida restrictiva de derechos y libertades individuales, ya que individualizar un procedimiento no puede entenderse como sinónimo de abandonarlo al total y absoluto arbitrio de la autoridad competente correspondiente. (21)

Por ello la alternativa pasa por superar las dificultades que para la resocialización representa la rigidez de los requisitos legales y la incertidumbre de los criterios abiertos de aplicación, optando por un modelo individualizador garantista que partiendo del marco legal vigente permita una aplicación racional guiada por criterios objetivos basados en las necesidades tratamentales y no en intereses meramente disciplinarios o asegurativos.

2.4 El modelo individualizador

Entre el recurso a elementos retributivos aplicados por disposición automática de la ley y la absoluta discrecionalidad de la Administración en la configuración de la modalidad de cumplimiento penitenciario, un modelo mixto caracterizado por la objetividad de la cobertura legal y la individualización en su aplicación puede permitir compatibilizar seguridad jurídica y flexibilidad.

Para ello hay que partir de la base de que como norma general la vida en prisión ha de parecerse lo más posible a los aspectos positivos de la vida exterior, como señala la regla 5 de las Reglas penitenciarias europeas de 2006, ya que la prisión no puede establecer más restricciones que las inherentes a la misma privación de libertad, sino tender a normalizar el régimen penitenciario, tanto en lo que se refiere a la tutela de derechos individuales del interno como pueda ser el derecho a las comunicaciones en el que se pueden admitir algunas diferencias por motivos de organización interna, como de derechos que afectan a todos por igual, como el derecho a la asistencia sanitaria que no deben admitir excepciones. (22)

A la hora de establecer el parámetro de normalidad del régimen penitenciario deben fijarse unos mínimos adecuados a la protección de los derechos fundamentales de los internos y sobre esta base diseñar una organización de vida que compatibilice el tratamiento dirigido a la reinserción social con el orden y seguridad interna necesario para

(20) DÍEZ RIPOLLES, J. L. «El abuso del sistema penal»... cit. p. 14.

(21) CERVELLÓ DONDERIS, V. *Libertad condicional y sistema penitenciario*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2019 p. 205.

(22) VAN ZYL SMIT, D./SNACKEN, S. *Principios*... cit. p. 172.

una convivencia ordenada. Para ello la regla 103 de las Reglas penitenciarias europeas de 2006 establece la necesidad de adaptar el régimen penitenciario a las necesidades de cada interno valorando su situación personal, el proyecto de ejecución de pena que vaya a seguirse y la estrategia de preparación para su salida de prisión, siendo especialmente relevante que junto a la previsión de trabajo, enseñanza y actividades, se establezca la necesidad de un sistema de permisos como parte integrante del régimen penitenciario.

Esta recomendación del Consejo de Europa en la organización de la vida penitenciaria da paso a establecer como norma general la adaptación del régimen de vida a las necesidades tratamentales individuales de cada interno impidiendo la correspondencia entre régimen penitenciario y tipo de delito o duración de la pena por tratarse de mecanismos estrictamente objetivos que ignoran las diversidades personales (23), de esta forma un modelo individualizador, a diferencia de uno discrecional, se rige por unos criterios legales definidos con la máxima claridad para que los internos en sus progresiones penitenciarias tengan la oportunidad de conocer cuáles son los aspectos a tener en cuenta y de qué forma van a ser valorados, de manera que aspectos subjetivos sean valorados objetivamente con la posibilidad de impugnar cualquier decisión que no haya cubierto sus legítimas expectativas.

En numerosas ocasiones, sin embargo, el encarcelamiento se prolonga desconociendo los internos los criterios legales a tener en cuenta para su excarcelación por quedar al arbitrio de decisiones administrativas no siempre suficientemente motivadas, por ello en aras a reivindicar una prisión más humana y rehabilitadora, deben marcarse claramente los límites de intervención que afectan especialmente a derechos individuales y dar instrumentos suficientemente garantistas para que alcanzar la libertad sea un objetivo en el que el cambio personal pueda ser valorado con criterios reglados que combinen seguridad jurídica con análisis individualizado. (24)

De esta forma las bases de un sistema individualizador descansan sobre un marco legal que fije con claridad el margen de discrecionalidad de la Administración y unos criterios de aplicación basados en el análisis objetivo de los aspectos personales garantizado con la exigencia de motivación y revisión judicial. Con ello al aportar un marco legal de autorización, frente al modelo discrecional, y un predominio de los aspectos individuales del interno, frente al modelo retributivo-punitivo, se desdibuja la pretendida incompatibilidad entre seguridad jurídica y flexibilidad penitenciaria.

(23) VAN ZYL SMIT, D./SNACKEN, S. *Principios...* cit. p. 283.

(24) CERVELLÓ DONDERIS, V. *Libertad condicional...* cit. p. 206.

3. SEGURIDAD JURÍDICA Y DINÁMICA PENITENCIARIA

Establecer un listón muy elevado de seguridad jurídica en el ámbito penitenciario es complejo, porque de un lado es necesario interpretar de manera individualizada la versatilidad de los aspectos personales de los internos para evitar un cumplimiento uniforme, pero por otro, cuando la demanda de una mayor precisión de la norma choca con los intereses de orden y seguridad interna, se suele priorizar la política penitenciaria institucional en detrimento de los derechos individuales de los internos (25). En este último sentido la discrecionalidad de la Administración como alternativa a la seguridad jurídica se enfrenta al riesgo de legitimar un espacio de restricciones inspirado en criterios rígidos de disciplina y buen orden del establecimiento, produciendo un cierto rechazo que en aras a un cumplimiento individualizado se amplíen las atribuciones administrativas provocando un vaciamiento de la pena con discriminaciones de difícil justificación.

Esta dialéctica no puede conducir a una prioridad absoluta de la seguridad jurídica, normalmente asociada a una perspectiva retributiva y preventivo general, ni tampoco puede justificar una individualización administrativa máxima que dé lugar a una ejecución llena de incertidumbres, por eso y teniendo en cuenta que la particularidad de la ejecución penitenciaria es su dinamismo derivado de las necesidades treatmentales individuales y de las generales de seguridad, resulta más adecuado trazar una base legal clara que establezca los límites de actuación de la Administración como garantía de legalidad, perfilando los criterios a tener en cuenta en su aplicación para mejorar la seguridad jurídica.

Es evidente que la gravedad de la pena se apoya preferentemente sobre la clase de pena de que se trate, y en ello la pena de prisión es claramente la opción legal más aflictiva, pero también recae sobre su duración, en cuyo caso son las penas de prisión de media y larga duración las consideradas más dañinas, pero no lo es menos que la modalidad de cumplimiento afecta claramente a «la penosidad» de la pena, por ello no sería erróneo afirmar vgr. que una pena de prisión de más de cinco años de duración en régimen de semilibertad podría incluso producir menos perjuicios en el condenado que una de menos de cinco años en régimen cerrado. Esta comparación evidentemente debe hacerse con suma cautela ya que son muchas las variables a tener en cuenta, por ejemplo pese a que el régimen semiabierto se base en la confianza puede ir acompañado de medidas de control muy severas

(25) VAN ZYL SMIT, D./SNACKEN, S. *Principios...* cit. p. 127.

que de prolongarse en el tiempo también suponen un perjuicio para el sujeto, y como régimen cerrado en el sentido del texto ha de entenderse no solo el que implica un endurecimiento para los sujetos más peligrosos, que sería el propiamente cerrado, sino también todo aquel que no permita salidas al exterior, aunque sean puntuales, lo que de facto aísla al sujeto del entorno social.

La finalidad de esta observación es centrar la atención en la importancia que puede presentar en la tutela de los derechos de las personas privadas de libertad no ya el tipo y duración de la pena, algo ya recogido en la sentencia judicial, sino la modalidad de cumplimiento que queda casi en su totalidad en manos de la Administración penitenciaria y que tiene que decidir desde cuestiones más generales como son el centro penitenciario de destino, el respectivo módulo dentro del mismo o los traslados de centro, en su caso, hasta cuestiones más concretas como son la posibilidad de disfrutar de permisos de salida, alcanzar el tercer grado o poder participar en actividades de tratamiento. La regulación de todas estas figuras debe conciliar la importancia de un marco jurídico adecuado que aglutine los requisitos legales con la necesidad de que el margen de aplicación sea suficientemente amplio para tener en cuenta la diversidad de situaciones que se dan en los internos, por ello legalidad, aplicación individualizada alejada de generalizaciones y justificación de las diferencias son la base de la seguridad jurídica en materia penitenciaria.

3.1 La exigencia de la garantía de legalidad en la ejecución

La garantía de legalidad en la ejecución cumple un papel de legitimidad democrática (26) en virtud de la cual cualquier materia que afecte al desarrollo de derechos fundamentales debe ir regulada mediante ley orgánica, pero también despliega la necesidad de certeza jurídica para que la norma describa con precisión su ámbito de aplicación.

En el primero de los sentidos señalados, la garantía de legalidad tiene en la fase de ejecución un contenido más laxo que en las otras fases del *iter* de la pena, lo que explica que junto al marco legal correspondiente sea pertinente su desarrollo reglamentario, así lo disponen respectivamente el art. 3.2 CP y 2 LOGP al señalar que las penas y medidas de seguridad se ejecutarán según lo prescrito por la Ley, los reglamentos que la desarrollan y las sentencias judiciales; para ello será necesario que a partir de la clase y cantidad de pena recogida en la sen-

(26) Lo que se manifiesta en el órgano competente para su aprobación y en el respeto a los principios y derechos fundamentales, MATA MARTÍN, R. *op. cit.* p. 7.

tencia no se invadan las competencias con expresa reserva de ley para definir su cumplimiento ni se vulnere el principio de jerarquía normativa, con el objetivo de impedir restricciones de derechos realizadas *ex novo* por el reglamento sin la debida cobertura legal (27). Sin embargo la pacífica complementariedad entre la ley y su desarrollo reglamentario no está exenta de problemas ya que son constantes las pugnas en la distribución de las materias que corresponden recíprocamente a cada una de estas normas, sirviendo de ejemplo la regulación del régimen cerrado, de las infracciones disciplinarias o de la sanción de aislamiento.

Un supuesto paradigmático es la regulación reglamentaria de la posibilidad de combinar las características de dos grados de clasificación en virtud del art. 100.2 RP, lo que si bien responde a una adecuada idea de flexibilidad y de facilitación de la progresión con programas de tratamiento específicos, falla en el aspecto formal porque debería ser la LOGP el marco adecuado para su regulación con el fin de mejorar sus exigencias garantistas. El hecho de que sea competencia de la Junta de tratamiento a propuesta del Equipo técnico, sin más referencia que la autorización posterior del Juez de vigilancia, que por cierto ni siquiera impide su ejecutividad inmediata, solo puede ser salvado bajo la idea de que su finalidad es ampliar derechos de los internos, no restringirlos, como es el caso de las también criticadas por la doctrina limitaciones regimentales del art. 75 RP. (28)

Cuestión diferente es la extralimitación que Circulares e Instrucciones hacen en ocasiones de su propio cometido puramente administrativo y de gestión interna, hasta el punto de actuar como quasi-reglamentos, lo que se puede evitar exigiendo que no se ocupen de aspectos sustanciales propios de la materia normativa (29), sino que se limiten a la unificación de criterios de actuación, la interpretación de manera uniforme de las normas legales y reglamentarias y la regulación del funcionamiento de los centros bajo parámetros homologables» (30).

La importancia del principio de legalidad en la ejecución, de esta forma, exige reservar la regulación de los aspectos sustanciales a la

(27) MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª Ed, Navarra, Civitas, 2011, p. 28.

(28) SOLAR CALVO, P./LACAL CUENCA, P. «El sistema de individualización científica...» cit. p. 92.

(29) Es significativo en este sentido que la STS 29.10.2009 de la sala de lo contencioso administrativo derogara un apartado de la Instrucción DGIP 21/1996 de 16 de diciembre por adentrarse en el apartado de derechos y deberes reservado a la reserva de ley.

(30) ARRIBAS LÓPEZ, E., «La sentencia del 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, 29 de octubre de 2009, p. 2.

Ley y al Reglamento en función de que su relación con el desarrollo de los derechos fundamentales sea o no directa, y limitar el uso de las Circulares e Instrucciones a funciones de estricta unificación de criterios y organización interna, pero no hay que olvidar que, además de un marco legal adecuado, el principio de legalidad también implica dotar de instrumentos suficientemente claros para que la aplicación de figuras que puedan restringir o ampliar los derechos de los internos responda a un modelo de ejecución garantista en el que sea posible diseñar con claridad las exigencias para que las expectativas de los internos puedan ser cubiertas.

Es cierto que la prevención especial dirigida a las necesidades individuales de tratamiento exige flexibilidad, lo que de inicio puede estar reñido con un nivel máximo de certeza, pero ello no puede justificar el abuso de términos indeterminados y vagos que dejan la modalidad de cumplimiento absolutamente en manos de las autoridades penitenciarias, ni tampoco puede llevar a que se utilice la mayor garantía que ofrece la ley, por su vocación de generalidad, para realizar restricciones de derechos en determinados colectivos con la finalidad de desplazar de manera automática la severidad de la pena a la severidad de su cumplimiento.

Para evitar dichos riesgos, el reto en un sistema garantista consiste en mantener el equilibrio entre la coherencia de la pena impuesta y el cumplimiento orientado a la reinserción social, lo que exige situar la resocialización como objetivo principal y la seguridad y orden del establecimiento como un mero instrumento para facilitar la convivencia, nunca como un fin en sí mismo. Para ello el sistema penitenciario debe actuar con criterios de Justicia, igualdad y no discriminación (31), es decir, con la vocación de adoptar soluciones ajustadas a Derecho que recogiendo las necesidades tratamentales de cada individuo, no impliquen aplicaciones generalizadas, sino diferenciadas pero justificando los argumentos que avalen las diferencias de trato.

3.2 Problemática de las diferenciaciones colectivas

Ya se ha señalado que la exigencia de la garantía de legalidad que conlleva el cumplimiento de la pena de prisión ha mejorado sustancialmente la seguridad jurídica como límite frente a los abusos de la Administración en el uso de la discrecionalidad, pero no hay que olvi-

(31) Concretamente en el sentido de excluir conductas arbitrarias en una materia tan sensible para los derechos fundamentales como es la privación de libertad, MATA MARTÍN, R. *op. cit.* p. 1.

dar que el recurso a la ley también puede servir para utilizar la amplitud que la caracteriza como medio para regular figuras restrictivas de derechos con vocación de generalidad, es decir, se cae en la trampa de utilizar la seguridad que otorga la ley para justificar restricciones generalizadas del disfrute de derechos alejadas de la justificación y necesidad individualizada que debe acompañar a este tipo de medidas.

Como punto de partida, cualquier disposición normativa que establezca limitaciones generalizadas al acceso a beneficios penitenciarios sin necesidad de analizar las circunstancias individuales del caso concreto es rechazable por su oposición al enunciado constitucional de reinserción social, de esta manera excluir del acceso a figuras penitenciarias encaminadas a mejorar la estancia en prisión a internos condenados por delitos graves de forma generalizada puede ser tachado de inconstitucional por los obstáculos que interpone para alcanzar dichos objetivos. (32)

Las diferencias penitenciarias que eligen como destinatarios a colectivos de internos caracterizados por la gravedad de los delitos cometidos, como es el caso de terrorismo (33), delincuencia organizada o narcotráfico, suelen dar lugar a un endurecimiento del cumplimiento como consecuencia de la imposición de condiciones penitenciarias que aumentan el aislamiento y limitan las actividades o por la severidad de los requisitos para acceder a cualquier contacto con el exterior; todo ello exige una minuciosa revisión dado que en la mayoría de supuestos envuelve una vulneración de principios penitenciarios básicos incompatible con un sistema que se califique de garantista.

De esta forma cualquier tratamiento penitenciario que establezca diferencias generalizadas a ciertos colectivos en función del tipo de delito cometido puede ser discriminatorio, desproporcionado e innecesario. En primer lugar es discriminatorio en la medida que carezca de razones legítimas para justificarlo, y así puede considerarse cuando son motivos de alarma social o de seguridad entendida en términos indeterminados y no concretos, como correspondería al ámbito de la ejecución, también es desproporcionado si no hay una correspondencia clara entre la restricción de derechos y las necesidades concretas ya que se suele utilizar estereotipos generales vinculados a delitos no siempre de extrema gravedad, y por último tampoco cumple el requi-

(32) URÍAS MARTÍNEZ, J. «El valor constitucional del mandato de resocialización» *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 63, 2001, p. 72.

(33) Sobre las limitaciones a presos terroristas y la necesidad de su justificación KAISER, G. «Ejecución penal y derechos humanos» *Direito e cidadania* n.º 6 1999, p. 18. Disponible en <http://www.ciencias penales.net>.

sito de mínima intervención cuando se ignoran otras alternativas menos lesivas para los derechos individuales. (34)

Ejemplo de todo ello son aquellas medidas restrictivas de derechos penitenciarios dirigidas al colectivo de internos condenados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales como la prohibición de acceder a la libertad condicional adelantada, la obligatoriedad del periodo de seguridad para acceder al tercer grado o la prolongación de plazos y endurecimiento de requisitos de acceso al tercer grado y libertad condicional en los supuestos concursales, pero también diversas prácticas penitenciarias como la clasificación generalizada en primer grado o la inercia de la política de dispersión.

3.3 La heterogeneidad de los criterios individualizados de actuación

La necesidad de un marco legal garantista en el ámbito penitenciario sirve para limitar la excesiva discrecionalidad de la Administración pero también para justificar que en virtud de la vigencia del principio de jerarquía normativa la reeducación y reinserción social deban ser prioritarias en la toma de decisiones. De esta forma la exigencia de fundamentar la toma de decisiones en las necesidades tratamentales de cada individuo está reñida con las restricciones colectivas de derechos tomadas al margen de las circunstancias personales de cada interno, pero también es cierto que una individualización extrema corre el riesgo de ser instrumentalizada para adoptar diferencias de trato de difícil justificación, por eso, como consecuencia del principio de legalidad y de seguridad jurídica, la concesión individualizada de figuras penitenciarias que suponen mejoras en el cumplimiento de la pena de prisión, aunque no otorgue un derecho a obtener las pretensiones, si al menos debe dar lugar al derecho a obtener una respuesta motivada, ya que las diferencias entre las circunstancias de cada interno es evidente que provocan una aplicación no uniforme por su adaptabilidad a cada supuesto de hecho, siendo inaceptable que no sean suficientemente motivadas. (35)

Tanto la clasificación penitenciaria que materializa en la distribución en grados las diferentes condiciones de estancia en prisión, como

(34) BOONE, M. «Los procesos legislativos penales en los Países Bajos: ¿qué racionalidad hay detrás del Derecho penitenciario especial para pequeños traficantes de drogas?» en Díez Ripollés, J. L./Prieto del Pino, A. M./Soto Navarro, S. (Eds.) *La política legislativa penal en Occidente. Una perspectiva comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 390

(35) URÍAS MARTÍNEZ, J. «El valor constitucional...» cit. p. 72.

los permisos de salida que autorizan diversas modalidades de salidas al exterior son claros paradigmas de decisiones administrativas que bajo un soporte legal débil tienen una incidencia directa sobre los derechos de los internos, por ello de la indeterminación de la regulación legal, especialmente si reposa en términos abiertos, y de la aplicación carente de motivación, depende que los distintos criterios tenidos en cuenta en la concesión y denegación de estas figuras puedan dar lugar a decisiones arbitrarias, injustas, o al menos, no suficientemente justificadas.

En el caso de la clasificación penitenciaria, señala el art. 63 LOGP que los criterios a tener en cuenta serán la personalidad, el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, la duración de la pena impuesta, el medio al que probablemente retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso para el buen éxito del tratamiento, lo que unido a las genéricas referencias a la peligrosidad extrema o inadaptación prevista en el art. 10 LOGP para la clasificación en primer grado, y a la capacidad de vivir en semilibertad como referencia reglamentaria al tercer grado, dejan claro el amplio margen de la Administración en este campo no solo por la amplitud de los términos empleados, sino también por las referencias a aspectos personales claramente diferenciados en cada sujeto. Por su parte, en el caso de los permisos de salida, la referencia en el art. 47.2 LOGP a la ausencia de mala conducta da grandes atribuciones a los órganos administrativos para que no solo en sede reglamentaria, sino también a través de Circulares e Instrucciones, se concreten los criterios de valoración utilizados para dar por cumplido dicho requisito legal.

Como ha quedado anteriormente explicado la dinámica penitenciaria exige una base legal mínima sobre la que se asiente el fundamento y requisitos de este tipo de figuras penitenciarias, lo que en principio no presentaría problema alguno en admitir una distribución normativa entre la Ley y el Reglamento, siempre que lo relativo a derechos fundamentales respetara la reserva legal, sin embargo el problema se presenta cuando la concreción de los requisitos se lleva a las Circulares e Instrucciones, y además, se centra en requisitos estrictamente objetivos y estáticos, normalmente ligados al delito cometido o trayectoria delictiva, o bien a elementos individuales no debidamente justificados, lo que no solo producen indefensión sino que impiden al interno el conocimiento de las condiciones necesarias para el acceso a este tipo de figuras.

Puede parecer contradictorio defender una ejecución individualizada por su mayor ajuste al mandato constitucional y a su vez recha-

zar las diferencias de trato por su carácter discrecional, sin embargo resulta necesario, en virtud del principio de igualdad y de humanidad en la ejecución, pulir las respuestas contradictorias ante supuestos semejantes, de la misma manera que en virtud del principio de seguridad jurídica deben clarificarse los criterios empleados para que sean accesibles para los internos, por todo ello en aras a aspirar a una individualización más garantista son tres los niveles de intervención en los que se podría actuar: en un primer nivel sería necesario que la ley recogiera con mayor precisión y claridad los requisitos mínimos objetivos para el alcance de las figuras penitenciarias y el contorno en el que se puede mover la discrecionalidad administrativa; a continuación la propia Administración debería clarificar las reglas de aplicación utilizadas en la interpretación de las normas legales con criterios ajustados al enunciado constitucional, y finalmente las decisiones administrativas que carezcan de la necesaria motivación y justificación deben ser sometidas a un procedimiento de revisión judicial.

4. INDIVIDUALIZACIÓN GARANTISTA

4.1 Los límites de la individualización penitenciaria

Tal como se ha venido manteniendo, la indeterminación en el cumplimiento es una consecuencia directa del objetivo resocializador ya que si la ejecución se dirige a facilitar la reinserción social es necesario dejarla abierta a posibles cambios que se puedan producir en el penado, pero individualizar la planificación del cumplimiento de la pena de prisión no puede dar paso a una total discrecionalidad en la concesión de las figuras penitenciarias que configuran el sistema penitenciario tales como medidas de seguridad y convivencia, contactos con el exterior o posibilidad de actividades, sino que debe determinarse el modo de cumplimiento más adecuado para cada interno teniendo en cuenta preferentemente sus necesidades tratamentales, y no el delito cometido o la duración de la pena impuesta.

La razón de ello es que la rigidez de los sistemas progresivos puros, que hacen recaer en la duración de la condena y en el mero factor cronológico y estático del tiempo la evolución en la modalidad de cumplimiento, han dado paso a sistemas mucho más flexibles dirigidos a evaluar la progresión de forma individualizada en atención a factores relacionados con los aspectos personales de cada individuo, lo que les hace ser más dinámicos por su capacidad de adaptarse a las constantes modificaciones. Estos sistemas individualizadores también

son objeto de críticas cuando se asocia la capacidad de adecuar la modalidad de cumplimiento a las necesidades concretas del sujeto condenado como una muestra de debilidad del principio de legalidad y seguridad jurídica por la incertidumbre que causan no solo al interesado y a la sociedad en general, sino también a las víctimas que desconocen de qué forma se va a cumplir la pena de prisión. (36) Tras estas críticas se esconde un rechazo a la utilización de Circulares e Instrucciones (37) como vehículo para definir la modalidad de cumplimiento, lo que es una cuestión diferente, ya que la discrecionalidad administrativa no debe ser entendida como una forma de legitimar las vulneraciones de jerarquía normativa anteriormente ya rechazadas, sino como una forma de adaptación de la necesaria generalidad de la ley al caso concreto, lo que no solo no debe vulnerar el principio de igualdad sino que lo refuerza cuando las diferencias son debidamente justificadas.

En esta lectura del principio de legalidad en la ejecución hay que tener en cuenta que las decisiones legalmente vinculadas en el ámbito penitenciario son muy escasas ya que en su mayoría se dejan a la discrecionalidad administrativa por la relevancia que cobra la valoración de la trayectoria penitenciaria del interno y el pronóstico de reinserción social, y esto sucede no solo en aquellas figuras cuya concesión depende de la Administración, sino también en aquellas otras que, pese a quedar dentro de las competencias del Juez de vigilancia, están condicionadas a la emisión de informes por el centro penitenciario (38). Esta situación, más allá de suponer o no una desconfianza hacia las autoridades judiciales, confirma la relevancia que tienen las valoraciones emitidas por los órganos administrativos, no solamente dentro de sus competencias, sino también en su función de colaborar con Jueces y Tribunales.

Para alcanzar estos objetivos de adecuar el modo de cumplimiento a las necesidades específicas de cada interno, el sistema penitenciario español creó en 1979 el sistema de individualización científica formado por tres grandes espacios de clasificación: el régimen cerrado con mayores medidas de seguridad para los internos peligrosos o inadaptados, el régimen abierto y la libertad condicional para los capacitados para vivir en semilibertad, y para el resto, es decir la gran

(36) NISTAL BURÓN, J. «El principio constitucional de seguridad jurídica. Su posible desconocimiento por el actual sistema de ejecución penal» *Actualidad Jurídica Aranzadi* n.º 743/2007, p. 2.

(37) De excesivas en número e inestables en su vigencia las califica NISTAL BURÓN, J. *op. cit.* p. 4.

(38) TAMARIT SUMALLA, J. M., en GARCÍA ALBERO, R./TAMARIT SUMALLA, J. M. *La reforma de la ejecución penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 96.

mayoría, un espacio de amplios márgenes en el que la mayor o menor penosidad de la condena depende al completo de decisiones administrativas tales como disfrutar o no de permisos de salida, participar en actividades, u ocupar un puesto de trabajo, lo que no solo humaniza la convivencia sino que facilita la progresión en la clasificación. En este sentido, la ejecución penitenciaria de acuerdo con el art. 25.2 de la Constitución, los principios generales de la LOGP y los tratados internacionales reguladores de los derechos de las personas privadas de libertad, se debe al compromiso de tutelar los derechos fundamentales de los internos y de garantizar que sus limitaciones no supongan más restricciones que las legalmente previstas.

De esta forma, y teniendo en cuenta la base legal y reglamentaria sobre la que se asienta toda la estructura de la ejecución de la pena de prisión, habría que plantearse hasta qué punto pueden las normas ser tan precisas que no dejen más margen que aplicarlas automáticamente al caso concreto o por el contrario es preferible que el marco legal sea solo una referencia de mínimos y que luego la Administración perfile los contornos concretos en cada ocasión.

El problema es que cuanto mayor es la flexibilidad y la individualización, mayor es también la incertidumbre, lo que hace necesario conciliar un nivel básico de seguridad jurídica con el dinamismo que la propia ejecución de la prisión requiere, debiendo fijarse los límites que debe respetar la individualización precisamente para que no sea discrecional, y que en todo caso debe evitar dos riesgos: el primero es que la limitación a la individualización resida en el momento legislativo dejando en manos de la ley la denegación automática de figuras penitenciarias en detrimento de una aplicación individualizada y flexible, y el segundo es que sea la propia Administración la que se autolimita utilizando sistemáticamente estereotipos basados en modalidades delictivas o colectivos de delincuentes en detrimento de un examen individualizado.

La opción de la determinación legal debe descartarse, porque si es la ley la que limita la individualización la consecuencia es que el sistema pasa a ser rígido perdiendo la esencia de una ejecución adaptada a las necesidades tratamentales del condenado, por eso es preferible que sea la Administración la que se imponga límites, pero no con aplicaciones automáticas y estereotipadas, sino mediante la adopción de criterios claros y objetivos compatibles con la finalidad resocializadora que debe ser prioritaria en la ejecución penitenciaria. Esto debe suponer la exclusión de correctivos a la individualización basados en criterios relativos a la alarma social o a intereses victimológicos unila-

terales (39), por su frontal oposición a la finalidad prioritaria de la ejecución penal, abriendo el paso a la recogida de criterios precisos y factibles para el interno con capacidad suficiente para valorar de la forma más objetiva posible la progresión del sujeto durante el cumplimiento de la condena y las expectativas de su conducta en el exterior, algo que también puede ser compatible con la defensa de intereses victimológicos, siempre que se plantee en clave restaurativa de encuentro, y no de confrontación, como el contemplado en los programas de justicia restaurativa entre agresores y víctimas implantados en algunos centros penitenciarios.

4.2 Discrecionalidad reglada

En el ámbito administrativo los actos discrecionales se diferencian de los actos reglados en que así como éstos se limitan a ejecutar la ley estableciendo un deber de actuar por imperativo legal, aquellos dejan un margen de libertad precisamente para garantizar una aplicación justa dentro del marco de legalidad, de esta manera la discrecionalidad no solo no es sinónimo de arbitrariedad, sino que es una exigencia de legalidad para los casos en los que caben distintas actuaciones sin ser ninguna obligatoria o para aquellos en que la ley señale los fines a alcanzar pero sin especificar los medios necesarios para alcanzarlos. (40) A partir de esta premisa son dos las consecuencias que se pueden desprender de la potestad discrecional de la Administración, la primera es que se trata de una autorización legal, no actuando por tanto al margen de la ley, y la segunda es que la justificación de los motivos de su decisión le aleja de la arbitrariedad, de esta manera la correspondencia con el marco legal y la necesidad de motivación suficiente deben ser los ejes que guíen la toma de decisiones en el ámbito penitenciario.

En los sistemas penitenciarios que se caracterizan por la ausencia de límites a la arbitrariedad institucional, las figuras penitenciarias son tratadas como privilegios concedidos unilateralmente, idea que si bien ha sido superada en la actualidad por la de derechos cuando se

(39) En sentido contrario NISTAL BURÓN, J. *op. cit.* p. 2.

(40) NAVARRO, M. G. «Discrecionalidad administrativa» *Eunomia. Revista en cultura de la legalidad*, n.º 3, septiembre 2012, pág. 201. KAMINSKI, D. «Les droits des détenus au Canada et en Angleterre: entre révolution normative et légitimation de la prison» en *L'Institution du droit pénitentiaire. Enjeux de la reconnaissance de droit des détenus* Kaminski, D. /Schutter, O. de, Bruselas 2002, p. 93.

cumplan los requisitos previstos legalmente (41), no ha conseguido alcanzar un modelo en que la ley y el estatuto jurídico de los internos sean la guía de referencia en todas las políticas de actuación, pero sí ha servido al menos para el rechazo de la discrecionalidad en la tutela de los derechos más relevantes como la vida, integridad física, dignidad humana o salud, limitándola al ámbito de la organización interna con los criterios de legalidad, necesidad y proporcionalidad. (42)

De esta manera es la ley la que otorga un margen de discrecionalidad adecuado para individualizar la respuesta penitenciaria a las necesidades del interno, marcando unos criterios de referencia, que más allá de priorizar la seguridad y la disciplina como eslabones de una prolongación del castigo recibido, debe servir para diseñar una estrategia de ejecución propia en el marco de una autonomía relativa, dada la dependencia de la actuación de los órganos penitenciarios con un marco legal que recoja con claridad los criterios a tener en cuenta desde una perspectiva menos hostil y más integradora. Con este enfoque se perdería el exceso de protagonismo de los aspectos más punitivos asociados a la gravedad de la actividad delictiva y se reforzarían los estrictamente penitenciarios centrados en la evolución de la conducta en el medio penitenciario y las expectativas frente a los cambios propuestos.

Con el fin de superar los excesos punitivos provocados por un garantismo mal entendido en la ejecución, y la inseguridad jurídica que genera una discrecionalidad ilimitada, el modelo de una individualización garantista puede aportar la necesidad de seguir unos criterios de valoración basados en la evolución del interno analizada con elementos objetivos, lo que implica abandonar el recurso habitual a la gravedad del delito o de la pena, por ser criterios ajenos a los objetivos penitenciarios, y a la peligrosidad entendida como un juicio pronóstico de conducta futura. La razón de este rechazo es que se trata de un enfoque centrado en criterios estáticos o inamovibles, algo contradictorio en un medio caracterizado por su vocación transformadora, siendo preferible dar prioridad a elementos dinámicos que reflejen la evolución personal del interno y la perspectiva de su conducta futura, no fundamentada en hipótesis de difícil comprobación, sino en la

(41) En el caso de los permisos de salida, por ejemplo, ésta sería la diferencia con las recompensas que son consideradas concesiones de la Administración, CARMONA SALGADO, C. «Los permisos de salida» en M. Cobo del Rosal (Dir.), *Comentarios a la legislación penal*, tomo VI, vol 2, Madrid, Edersa, 1986, p. 707-708.

(42) VAN ZYL SMIT, D./SNACKEN, S. *Principios...* cit. p. 519. KAMINSKI, D. «Les droits...» cit. p. 91.

adaptación de la forma de cumplimiento a las necesidades individuales de intervención.

Con esta propuesta se pueden obtener algunas mejoras como la mayor concreción de los criterios de actuación por parte de la Administración en la toma de decisiones de las situaciones anteriormente mencionadas, y como consecuencia de ello, una mejor información a los internos sobre las condiciones de acceso a todos los derechos y situaciones que legalmente tienen reconocidos.

Como regla general las decisiones penitenciarias se suelen basar en dos grandes pilares: comportamiento del interno en prisión entendido como buena conducta en sentido disciplinario, e hipótesis de conducta futura en libertad con el patrón de la conducta carcelaria, algo no solo contradictorio, sino que unido al amplio margen de individualización del que dispone la Administración para sus valoraciones, suele provocar como resultado una aplicación restrictiva de la norma con grandes dosis de incertidumbre y desigualdad. Como prueba de ello basta con revisar una selección de los requisitos legales de las figuras más características de la ejecución penitenciaria como «*no observar mala conducta, peculiar trayectoria delictiva o personalidad anómala del interno*», en el caso de los permisos de salida, «*personalidad, historial individual, familiar, social y delictivo, duración de la pena, medio al que probablemente se retornará, recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento*», en el caso de la clasificación, «*capacidad de vivir en semilibertad*» para acceder al régimen abierto o «*modificación positiva de los factores directamente relacionados con la actividad delictiva, conducta global del interno*» en el caso de la progresión. Como se puede observar son criterios que carecen de la más mínima concreción dada la ambigüedad e indeterminación con la que están definidos, lo que además de completarse en Circulares e Instrucciones, pese a su afección a derechos individuales de los internos, dejan la puerta abierta a una aplicación excesivamente discrecional de la Administración.

Alguno de los términos anteriormente mencionados ha sido desplazado por reflejar un aspecto clínico del tratamiento penitenciario ya superado, como es el caso de la personalidad, a diferencia de otros que siguen siendo utilizados pese a las críticas que generan, por ello como paso previo a la propuesta de unos criterios reglados de discrecionalidad, se van a destacar los problemas más relevantes que se derivan de tres criterios muy utilizados en las decisiones relativas al ámbito penitenciario como son el historial criminal, la buena conducta y la probabilidad de delinquir en el futuro.

a) *Historial criminal*

No deja de ser llamativo que los antecedentes penales como historial delictivo previo al ingreso en prisión sea un factor a tener en cuenta en sí mismo para la concesión de figuras penitenciarias, teniendo en cuenta que se trata de un concepto vinculado al pasado delictivo del interno que puede no tener ninguna relevancia con su situación actual ni con las previsiones de la futura.

Los problemas para la valoración del historial delictivo previo son diversos, en primer lugar parece incompatible una referencia tan ligada a la culpabilidad y la retribución en figuras penitenciarias inspiradas en la prevención especial, en segundo lugar es una referencia mucho más amplia que el concepto jurídico de reincidencia ya que no impide incluir todo tipo de delito previo con independencia de su gravedad y naturaleza, y en tercer lugar se trata de un concepto jurídico estático que no se puede modificar lo que no debería condicionar el diseño de una forma de cumplimiento destinada precisamente a ir adaptándose a los cambios del sujeto, ya que de lo contrario producirían un efecto oclusivo sobre los condenados con historiales delictivos más graves.

Por todo ello una referencia al historial delictivo desligada de su vinculación con el contexto de la figura en la que vaya a ser tenida en cuenta incurre en una generalización en contra del reo no compatible con una individualización garantista respetuosa con el acceso a los derechos penitenciarios.

b) *Buena conducta*

El mayor problema que se destaca de la exigencia de buena conducta en la concesión de figuras penitenciarias es que se trata de un concepto indeterminado que queda en manos de la subjetividad del intérprete, por ello ya despojada de su carácter moral de buena conducta como conducta intachable u honrada que pretende el adocnamiento disciplinario del interno, queda darle un contenido jurídico siendo para ello habitual que se asocie a la ausencia de sanciones disciplinarias. De esta manera la imposición de una sanción sería un impedimento para cumplir con este requisito durante su cumplimiento, pero también posteriormente hasta que resulte cancelada conforme a los plazos previstos reglamentariamente.

Esta consideración de la buena conducta es criticada por su excesiva rigidez por la práctica totalidad de la doctrina, y en particular en relación a los permisos de salida también ha sido rechazada por los Jueces de vigilancia en su XII reunión celebrada en Málaga

en 2003 (43) lo que permite no tener en cuenta para su concesión las sanciones ya cumplidas, aun sin haber sido canceladas, y tampoco las pendientes de tramitación. La razón de ello es que asociar la buena conducta a la no existencia de expedientes disciplinarios abiertos presenta diversas complicaciones: en primer lugar supone ignorar el resto de variables del comportamiento que analizan la evolución del interno, en segundo lugar supone hacer uso de una valoración disciplinaria automática sin un mínimo análisis individualizado de las sanciones existentes ya que muchas de ellas pueden no tener ninguna relación con la salida al exterior, por ejemplo si se trata de meros incumplimientos formales de normas internas del centro, y por último está generando una nueva consecuencia al cumplimiento de una sanción como es su afección a la petición posterior de figuras penitenciarias.

Es muy importante en este sentido la interpretación que hace de la ausencia de mala conducta como requisito para la concesión de permisos de salida ordinarios la STS 124/2019 de 8 de marzo resolviendo un recurso de casación por unificación de doctrina al establecer que la mera existencia de sanciones sin cancelar no comporta la ausencia del requisito de buena conducta para su denegación ya que deben ser ponderadas todas las circunstancias que hacen referencia al comportamiento y actitud del interno, su implicación en el tratamiento y en el régimen penitenciario. De esta forma, con este criterio unificador de doctrina la existencia de sanciones graves o muy graves no canceladas no comporta la carencia del requisito, y con ello la denegación del permiso, siempre que haya razones objetivas que fundamenten su concurrencia, algo sumamente importante porque desvincula la interpretación del criterio de buena conducta de una visión estrictamente disciplinaria para darle un sentido asociado al comportamiento general del interno, lo que en definitiva debe forzar a reformular los criterios de valoración utilizados de forma punitivo generalista para dotarles de un contenido individualizado y con mayor contenido tratamental, cambio que sin duda dotará de mayores garantías a los derechos de los internos, y de pautas más razonables a las decisiones de la Administración.

El problema es que al margen de la importancia o no de las sanciones pendientes, esta interpretación no siempre informa de la vinculación entre conducta exigible para disfrutar de libertad y conducta dentro de prisión, ya que tan posible es que el sancionado haga un buen uso de la libertad que el no sancionado haga un mal uso dadas las grandes dife-

(43) DAUNIS RODRÍGUEZ, A. «Criterios para la valoración de la peligrosidad y el riesgo en el ámbito penitenciario». *Cuadernos de Política Criminal* n.º 120, diciembre 2016, p. 259; CERVELLÓ DONDERIS, V. *Derecho Penitenciario* Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, 4.ª ed. p. 308.

rencias entre la vida carcelaria y la vida en libertad, por ello esta valoración de la buena conducta es sesgada ya que solo se vincula a los aspectos disciplinarios, y no al comportamiento global del interno en todas sus interrelaciones relevantes para el cumplimiento de la condena.

c) *Peligrosidad criminal*

La valoración de la peligrosidad en el ámbito penitenciario es difícil de definir ya que cuando se proyecta sobre el exterior parece referirse a la probabilidad que tiene el interno de cometer delitos cuando salga en libertad o incluso al riesgo de quebrantar la condena, mientras que cuando se proyecta sobre el propio medio penitenciario va dirigida a valorar las posibilidades que hay de que el interno protagonice altercados en el interior de la prisión. Probablemente ambos significados son válidos y depende de la finalidad con la que se analice la peligrosidad que prime uno u otro, ya que no es lo mismo valorarla para conceder un permiso de salida que para decidir si se clasifica en primer grado (44), por ello sin menospreciar la importancia de adaptar su contenido a la figura para la que se vaya a aplicar, algo que más adelante se abordará, un problema específico es el que se produce a la hora de seleccionar los instrumentos más adecuados para su valoración.

Entre los distintos métodos empleados (45) para valorar la probabilidad de la conducta futura, aquellos en los que predomina la observación y la experiencia si bien es cierto que permiten una gran individualización por el juicio profesional emitido a partir del estudio del expediente y entrevistas individuales, tienen como inconveniente un exceso de subjetivismo y poca eficacia predictiva, mientras que aquellos en los que predomina el método actuarial o estadístico, aunque son más objetivos que los anteriores, pecan de poca individualización porque al deducir el riesgo de reincidencia de los datos de otras personas que han reincidido con circunstancias similares, ignoran los cambios en los comportamientos individuales que no permiten ser demostrados (46) conduciendo a la estigmatización al depender la predicción de la conducta de un sujeto de la valoración de la de otros diferentes (47). Este último método cobra una especial relevancia en el ámbito penitenciario por inspirar la criticada tabla de variables de

(44) ARRIBAS LÓPEZ, E., «La peligrosidad extrema y la inadaptación regimental en la legislación penitenciaria», *Diario La Ley* n.º 7281, 14 de octubre de 2009, p. 4

(45) CERVELLÓ DONDERIS, V. *La libertad condicional...* cit. p. 216.

(46) DAUNIS RODRÍGUEZ, A. «Criterios...» cit. p. 244.

(47) ESBEC RODRÍGUEZ, E. «Valoración de la peligrosidad (riesgo-violencia) en psicología forense. Aproximación conceptual e histórica» *Psicología clínica y forense* vol 3, n.º 2 2003, p. 56.

riesgo (TVR) empleada para la concesión de permisos de salida (48), instrumento que en la práctica acaba siendo un cuestionario objetivo, generalizador y con exceso de automatismo, que si bien es cierto que no es totalmente vinculante, el hecho de asociar la obtención de derechos penitenciarios a fórmulas matemáticas o programas informáticos, le aleja mucho de ser un procedimiento garantista al primar presunciones en contra del reo que acaban negando la condición de tales figuras como derechos penitenciarios. (49)

Con ello se demuestra que el abandono del concepto tradicional de peligrosidad criminal en el ámbito penitenciario, si bien es cierto que ha dado paso al más actual de valoración del riesgo, sigue encontrando dificultades para ofrecer instrumentos rigurosos y fiables capaces de adaptar la finalidad de cada figura penitenciaria a las necesidades de cada interno consideradas individualmente como corresponde a las materias relacionadas con los derechos fundamentales que no merecen ser tratadas numéricamente, ni por porcentajes de probabilidad. En su lugar, un objetivo de más corto alcance se centraría en obtener decisiones más ajustadas a los principios constitucionales teniendo en cuenta que no solo se trata de decidir que la pena se cumpla de una u otra forma, o incluso fuera o dentro del recinto carcelario, sino de estimar la intervención más adecuada en cada modalidad de cumplimiento, es decir, reformular los criterios habituales de valoración del comportamiento futuro basadas en la peligrosidad con tintes excesivamente punitivos y de defensa social, para pasar a una valoración más criminológica que valore las posibilidades de adaptar la forma de cumplimiento de la pena de prisión a las necesidades individuales de intervención en cada momento de la ejecución. (50)

4.2.1 CRITERIOS ESPECÍFICOS DE VALORACIÓN

Con los problemas detectados de la valoración tradicional del historial delictivo previo, la buena conducta y la peligrosidad criminal, desde una perspectiva menos punitiva y más criminológica los criterios

(48) Algo diferente se hace en las prisiones de Cataluña al utilizar el método de valoración del riesgo RISCANVI cuyas ventajas son su mayor alcance por no limitarse solo a los permisos de salida, sino también a tercer grado y libertad condicional, así como su objetividad y flexibilidad porque valora tanto aspectos estáticos como dinámicos, mientras que su mayor inconveniente es su dificultad para superar el mismo automatismo al que llevan los métodos actuariales donde las fórmulas matemáticas suplen la labor razonada de los profesionales, algo rechazable cuando se trata de figuras que afectan a derechos fundamentales.

(49) DAUNIS RODRÍGUEZ, A. «Criterios...» cit. p. 244.

(50) CERVELLÓ DONDERIS, V. *Libertad condicional...* cit. p. 217.

a tener en cuenta para la mayoría de figuras penitenciarias que amplían los derechos de los internos como puedan ser permisos de salida, progresión en la clasificación o libertad condicional, se pueden sintetizar en los siguientes apartados: a) ponderación de la actividad delictiva previa, b) comportamiento desarrollado durante el cumplimiento de la pena, c) expectativas de conducta futura, d) necesidades de intervención. Este planteamiento pretende integrar todos los elementos de evaluación y no analizarlos como compartimentos estancos, de esta manera la trayectoria delictiva tiene interés si se analiza como una evolución, no como un lastre, y se relaciona con el análisis evolutivo de la conducta actual y las circunstancias personales del interno analizadas de manera global, y por otro, las expectativas de conducta pueden deducirse de los éxitos de tratamiento pero teniendo en cuenta las oportunidades reales a las que haya podido acceder y las necesidades que cada espacio de libertad puede cubrir dentro y fuera de prisión.

Con este planteamiento la evolución en el cumplimiento de la pena de prisión debe ser progresiva e integradora ya que los factores del pasado no tienen valor por sí mismos sino por lo que pueden aportar a los actuales, y las previsiones futuras no se apoyan en hipótesis de difícil concreción, sino en la idoneidad y disponibilidad de recursos para cada caso concreto en función de sus necesidades.

a) *Ponderación de la actividad delictiva previa*

El historial delictivo tanto desde su perspectiva numérica como desde la cualitativa pierde interés en el ámbito penitenciario como dato aislado caracterizado por su carácter estático e inamovible en el tiempo, por ello desde una perspectiva más garantista y resocializadora la importancia de la comisión de delitos antes del ingreso en prisión no reside tanto en su número o gravedad, sino en términos de carrera delictiva como la secuencia longitudinal de los delitos cometidos en un periodo de tiempo y contexto determinado (51) que pueden dar indicios de etapas concretas ya superadas o de la especialización delictiva como componentes de la llamada Criminología evolutiva (52).

En este caso no sería tan relevante la gravedad del delito cometido o incluso la presencia de otros delitos, como la influencia que pudiera tener en la conducta futura del sujeto teniendo en cuenta sus circunstancias vitales actuales. Para ello la presencia de antecedentes penales más que pronunciarse sobre la conducta futura, puede aportar infor-

(51) GARRIDO GENOVÉS, V./ STANGELAND, P. /REDONDO, S. *Principios de Criminología* Valencia, Tirant lo Blanch, 1999 p. 445.

(52) CUARESMA MORALES, D. «Las funciones del criminólogo ¿informe criminológico vs informe jurídico?» *V Jornadas de ATIP* Almagro 2008, p. 81.

mación de los factores de riesgo derivados de la forma de comisión del delito, los motivos u objetivos, el tiempo transcurrido desde entonces o incluso su comportamiento postdelictivo.

Es importante resaltar que el interés de la carrera delictiva en este modelo reside en su contextualización en el momento pasado, lo que además de no ser siempre correspondiente con el presente, no debe dar lugar a prejuicios automáticos. Conviene recordar que relacionar la comisión de delito leve con baja peligrosidad y la comisión de delito grave con alta peligrosidad, supone ignorar por un lado la progresión delictiva o escalada que puede darse desde una inicial conducta de poca gravedad hacia otras de mayor entidad, pero también los supuestos de delito único que no tienen porqué repetirse en el tiempo (53), por eso tanto la evolución progresiva como los hechos aislados son relevantes en el marco del análisis global del comportamiento.

Este sistema menos rígido de valoración del historial delictivo puede servir para superar la idea de que la única vía de solución al pronóstico negativo es el cumplimiento tradicional de la pena de prisión, ya que más bien al contrario, pueden ser válidas otras formas punitivas más flexibles, de hecho la presencia de antecedentes penales que son de carácter inamovible suele condicionar un cumplimiento con fórmulas cerradas o restrictivas, pese a que la capacidad de cambio en la prisión es muy limitado, cuando sería más apropiado priorizar las características concomitantes individuales para adaptarlas a formas de cumplimiento que propicien mejor los cambios. (54)

De esta forma, la información sobre la carrera delictiva cobra interés para analizar las necesidades de intervención que se deriven de ella e identificar los factores delictivos que puedan ser relevantes en el diseño de un programa de tratamiento individualizado, comprobando cómo ha sido la evolución del interno desde su ingreso en función de las posibilidades reales de acceder al tratamiento tanto por la oferta en su centro penitenciario y módulo concreto de cumplimiento, como por su disposición a participar en actividades.

b) *Comportamiento desarrollado durante su estancia en prisión*

La buena conducta es uno de los elementos habituales en la valoración de casi todas las figuras penitenciarias tales como acceso a actividades, puesto de trabajo, permisos de salida o progresión penitenciaria, lo que entendido como conducta desarrollada en el centro penitenciario exige analizar su trayectoria penitenciaria de manera

(53) ESBEC RODRÍGUEZ, E. «Valoración de la peligrosidad...» cit. p. 52.

(54) CID MOLINÉ, J. *La elección del castigo* Barcelona, Bosch, 2009, p. 131.

integral y flexible. Para ello, además del comportamiento general del interno, ha de tenerse en cuenta la presencia de dificultades en su evolución, ya que no hay que olvidar que el historial carcelario individual es muy variado y tiende a estar influido por multitud de factores no siempre atribuibles al sujeto (55), pero también los progresos del interno en términos generales, ya que identificar buena conducta en sentido exclusivamente disciplinario provoca una visión reductiva, unilateral y muy limitada de la vida penitenciaria.

Esta visión reductiva de la buena conducta asociada a la disciplina y sumisión más que a la convivencia e integración, presenta diversos problemas en función no solo del acceso a las actividades programadas por el centro, sino también a las expectativas de conducta de los internos. En el primer caso pueden darse diferencias importantes porque no sea equitativa la oferta de actividades o los programas de tratamiento sean escasos o reducidos, y en el segundo nos podemos encontrar con que las expectativas de conducta favorezcan la manipulación para la obtención de beneficios. (56) En este sentido es importante también resaltar que la valoración del comportamiento penitenciario de forma solo disciplinaria, puede provocar diferencias por género ya que el nivel de normalidad que se da en mujeres provoca que sea un criterio poco relevante, a diferencia de los hombres donde la mayor frecuencia de sanciones otorga relevancia a su ausencia, a diferencia de lo que ocurre con las expectativas sociales donde en mujeres tienen una mayor influencia negativa, quizá porque el patrón de control social es mucho más exigente que en hombres. (57)

Esto se puede subsanar con una visión más global de la conducta individual, lo que ayuda a evitar su identificación con los aspectos meramente disciplinarios, pero sigue siendo insuficiente porque refleja el comportamiento del sujeto en el medio penitenciario, dando cuenta de su nivel de adaptación y de convivencia, pero no de la trayectoria seguida desde su ingreso en relación al delito cometido. Por esta razón la valoración positiva de la conducta del interno podría tener en cuenta también sus avances en torno al objetivo constitucional de reinserción social incorporando nuevos elementos de juicio como la asunción de responsabilidad y la reparación del daño a la víctima.

(55) CERVELLÓ DONDERIS, V. *Libertad condicional...* cit. p. 219.

(56) DAUNIS RODRÍGUEZ, A. «Criterios...» cit. p. 276.

(57) PAVARINI, M./MOSCONI, G. «Discrecionalidad...» cit. p. 12, 18 y 37 en relación a la concesión de las fases de confianza y semilibertad a las mujeres, plantean el contraste entre el paternalismo y la rigidez ya que si bien por un lado se producen más concesiones con menor importancia de la conducta en el centro penitenciario, por otro la respuesta es mucho más rígida en la valoración de las expectativas de reinserción social en el exterior.

La asunción del delito es un factor de gran tradición en el ámbito penitenciario por su relevancia para la concesión de permisos de salida y la progresión a tercer grado. En el primer caso es la Instrucción SGIP 1/2012 de 2 de abril sobre permisos de salida la que en su concreción de las cualidades desfavorables vinculadas a los requisitos previstos en la LOGP y el RP añade como motivo de denegación que el interno no asuma la actividad delictiva por la que ha sido condenado, del mismo modo que la Instrucción SGIP 9/2007 de 21 de mayo sobre clasificación y destino de los penados lo hace para la progresión penitenciaria o la Instrucción SGIP 7/2010 de 14 de diciembre para la revocación del período de seguridad. El problema reside en las dudas de legitimidad que plantea exigir que un sujeto reconozca el delito que se le atribuye con la vigencia de principios constitucionales como la presunción de inocencia, el derecho a no declarar contra sí mismo o el libre desarrollo de la personalidad, lo que aboca a dotar a este factor de un contenido que, siendo respetuoso con la esfera íntima del interno, sea compatible con la exigencia de responsabilidad penal y útil para la valoración de la evolución en el cumplimiento de la pena.

De esta forma la asunción del delito como reconocimiento del delito cometido no puede ser identificada como culpa moral o necesidad de arrepentimiento, ya que en ambos casos se estaría en un plano ético inaceptable en un Estado de Derecho, siendo otra opción interpretarla como la aceptación de las consecuencias penales de la conducta y su trascendencia penitenciaria (58), lo que facilita su compatibilidad con la persistencia en la defensa de su inocencia. Esta acepción puede ayudar a que no se utilice la correlación no contrastada entre no asunción del delito y probabilidad de reincidencia (59), por ser más acorde al modelo mínimo de resocialización que sin imponer creencias o valores se limita a valorar la responsabilidad del sujeto como respeto a la norma manifestada en sus actos externos (60), sin embargo no es capaz de despejar totalmente las dudas sobre la legitimidad de exigir fidelidad jurídica al interno (61), ni de que con ello se vaya a evitar la simulación interesada de su comportamiento, por eso en todo caso debe quedar claro que con independencia de los progresos

(58) LACAL, P./SOLAR, P. «¿Se puede exigir la asunción del delito al condenado?» *Diario La Ley* n.º 9277, 11 octubre de 2018, p. 6.

(59) LACAL, P./SOLAR, P. «¿Se puede exigir...», cit. p. 11.

(60) MORABITO, M. R. «¿Es arbitrario denegar permisos penitenciarios a penados que niegan su responsabilidad por el delito cometido?» *Revista Pensamiento Penal* 16.03.2011. p. 2.

(61) TINEDO, G. *op. cit.* p. 332.

obtenidos en la objetivación de este criterio, sigue siendo diferente no asumir lo realizado que ser probable que se vuelva a delinquir.

También la reparación del daño debe ser un factor a tener en cuenta como un reflejo del cumplimiento de la norma, si bien tampoco está exenta de inconvenientes especialmente cuando se simplifica identificándola exclusivamente con el pago material de la responsabilidad civil, ya que el encarcelamiento dificulta la obtención de ingresos y puede dar lugar a desigualdades económicas, por ello es mucho más coherente con la finalidad resocializadora valorar el esfuerzo realizado en la reparación del daño entendida en sentido amplio que contemple tanto el resarcimiento material como el moral. No obstante, al igual que se ha afirmado anteriormente respecto a la asunción de la responsabilidad, que se valore como un aspecto positivo de la conducta penitenciaria por reflejar una aceptación de las normas, no debe confundirse con la peligrosidad criminal, ya que no resarcir voluntariamente el daño tampoco va unido siempre a un pronóstico desfavorable de conducta futura.

c) *Expectativas de conducta futura y necesidades de intervención*

Si de lo que se trata es de superar el concepto tradicional de peligrosidad criminal por su incapacidad para predecir la conducta futura y porque genera presunciones en contra del reo cuando se apoya en criterios estáticos del pasado, la alternativa es resaltar los elementos que pueden informar sobre los factores de riesgo que pueden acompañar a la concesión de figuras que permiten al penado disfrutar de mejores condiciones penitenciarias o incluso de salidas al exterior, pero también de los recursos disponibles para neutralizar dichos riesgos sin necesidad de recurrir a la denegación, ya que denegar por la presencia de riesgo sin plantear programas de intervención para que disminuya, o incluso aceptando que pueda incrementarse, no es válido ni coherente.

El motivo de ello es que las expectativas de conducta futura no pueden analizarse separadas de las necesidades de intervención individuales del interno, de los recursos de cada fase de cumplimiento penitenciario, ni de sus instrumentos de refuerzo que manteniendo el sentido punitivo amplíen los espacios de libertad, planteándose el reto de conciliar las necesidades resocializadoras del reo, la defensa de la sociedad por el riesgo de reincidencia y el interés reparador de la víctima.

De esta forma en este contexto pueden utilizarse como signos de reinserción social entendida como compromiso de cumplimiento normativo: un nivel de responsabilidad y autonomía personal mínimo en cada fase del cumplimiento de la pena, el seguimiento de un programa

individualizado de intervención acompañado de medidas de seguimiento, y cualquier esfuerzo relacionado con la Justicia Restaurativa.

En relación al nivel de responsabilidad y autonomía personal para cada fase del cumplimiento de la pena tan importante es que se asuma la responsabilidad y las consecuencias de la conducta, como que el interno vaya adquiriendo autonomía para valerse por sí mismo o con la ayuda de familiares o instituciones. Esto no exige necesariamente reconocer el delito cometido por los problemas de legalidad antes mencionados, ni que la carencia de estabilidad familiar en el exterior sea perjudicial, pero sí que se cumpla con las normas del centro penitenciario, se hayan alcanzado los mínimos de autonomía suficiente para cada modalidad de cumplimiento en relación a vivienda, trabajo y recursos económicos y se respete a las víctimas.

Signo de reinserción social son sin duda también los avances en el programa individualizado de intervención propuesto que se vayan deduciendo de su seguimiento, lo que puede tener un trazado muy irregular en función del interno, de sus circunstancias personales o del módulo de cumplimiento, por ello no hay que descartar que en ocasiones las posibilidades tratamentales dentro de la prisión sean escasas o se hayan agotado, lo que obliga a preguntarse hasta qué punto sigue siendo la prisión necesaria más allá de su efecto punitivo y asegurativo, siempre teniendo en cuenta que los avances en el cumplimiento no están reñidos con su naturaleza punitiva, bien porque requieran obligaciones al interno o porque estén sometidas a control y supervisión.

Finalmente, la valoración de los esfuerzos relacionados con la Justicia restaurativa como signo de reinserción social es una manifestación del interés por la tutela de los intereses de la víctima incluso en el momento de la ejecución, lo que permite una perspectiva de integración y no de confrontación entre las personas afectadas por el delito y su responsable penal, dirigida a reparar el daño producido a través del pago de la responsabilidad civil o de otras conductas restaurativas más enfocadas a la reparación moral y social.

El carácter más flexible de estos criterios puede ayudar a superar la valoración de la peligrosidad en términos estadísticos de probabilidad de prever conductas futuras, optando por la búsqueda de decisiones razonables y ajustadas a Derecho que se dirijan a encontrar la forma más adecuada de cumplimiento, teniendo en cuenta que se trata de estimar la intervención más adecuada dentro o fuera de prisión, es decir, reformular los criterios habituales de valoración del comportamiento futuro basadas en una peligrosidad punitiva y defensiva, para pasar a una valoración del riesgo de delinquir del sujeto desde perspectivas criminológicas que tengan en cuenta las distintas situaciones

a las que se va a enfrentar el sujeto (62). Cuando la valoración de esta expectativa futura se plantea en términos de peligrosidad criminal se corre el riesgo de identificarlo con un atributo personal del sujeto o tendencia delictiva excesivamente subjetiva, mientras que si se enfoca como riesgo de comisión de actos violentos permite completar el análisis con datos objetivos (63) desde una perspectiva más criminológica en sentido amplio del término, pero con las garantías de individualización y motivación.

4.3 Motivación y control judicial

Un modelo de ejecución garantista va unido inexorablemente a un marco legal respetuoso con los derechos y libertades constitucionales, pero ello sería insuficiente si no fuera acompañado de unos requisitos legales de aplicación claros y precisos que permitan adaptar las normas a las necesidades individuales de cada interno sin dar lugar a decisiones arbitrarias, injustas o no fundamentadas, por esa razón el sistema no puede estar completo si no se exige motivación suficiente en cada decisión de la Administración y un control judicial independiente y especializado.

En este sentido son numerosos los ejemplos de decisiones administrativas que no solo no recogen ningún tipo de fundamentación, sino que se limitan a exponer un mero listado de motivos sin explicación alguna, requisitos no contemplados por la ley pero asumidos por la inercia de la práctica, o declaraciones ambiguas carentes de concreción sin justificar las diferencias de trato ante situaciones similares.

En el primer sentido es una práctica habitual que los acuerdos que acompañan las denegaciones de permisos de salida o de progresión de grado vengán formados exclusivamente por una enumeración de motivos ambiguos o sin desarrollar, vgr. cuando se hace referencia a la trayectoria penitenciaria irregular, falta de garantías de hacer buen uso de la libertad, ser considerado perjudicial para el tratamiento o falta de consolidación de factores positivos (64), todos ellos son términos que adolecen de la más mínima concreción que debe acompañar a todo acuerdo denegatorio de un derecho penitenciario, aunque no tenga la consideración formal de derecho subjetivo.

(62) DAUNIS RODRÍGUEZ, A. «Criterios...» cit. p. 245.

(63) MARTÍNEZ GARAY, L. «La incertidumbre...» cit. p. 24. DAUNIS RODRÍGUEZ, A. «Criterios...» cit. p. 246.

(64) RÍOS, J. C./ETXEBARRIA, X./PASCUAL, E. *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse en la cárcel*. Madrid, Une, 2018, 2.^a ed., pp. 347-348.

En el segundo sentido también es una práctica consolidada añadir como motivos de denegación criterios no recogidos legalmente, por ejemplo, en el caso de los permisos de salida no haber cumplido tres cuartas partes de la condena cuando legalmente solo se exige una cuarta parte o aducir lejanía del cumplimiento de la condena cuando el permiso de salida es una preparación progresiva a la libertad que no va unida a la excarcelación definitiva, excesos que en el caso de la progresión en la clasificación incluso alcanza a sustituir los criterios previstos legalmente por otros ajenos a la propia finalidad de la ejecución penitenciaria como puedan ser la alarma social creada por el delito o la necesidad de la función preventiva de la pena.

Por último, la necesidad de individualizar la toma de decisiones es una garantía de impedir generalizaciones o tratamientos colectivos, pero a veces actúa como factor diferenciador no suficientemente motivado, ya que la individualización por sí misma no es un criterio motivacional si no va acompañada de las razones que justifican el diverso tratamiento.

El control judicial que se ejerce sobre todos estos supuestos es de distinto alcance, ya que en los dos primeros casos se ocupa la jurisdicción ordinaria mediante recurso de reforma ante el Juez de Vigilancia y posterior recurso de apelación ante la Audiencia Provincial si se trata de materias de régimen como puedan ser los permisos de salida, o ante el Tribunal sentenciador si se trata de materias de cumplimiento como pueda ser la clasificación penitenciaria, mientras que en el tercer caso puede ser objeto de recurso de casación por unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo.

En relación a aquellos acuerdos que recojan un listado de motivos sin desarrollo alguno, como la reiterada expresión de «falta por consolidar factores positivos», se debería indicar a qué factores se refiere y qué medios se pueden utilizar para dicha consolidación, ya que lo contrario produce indefensión y atenta a la seguridad jurídica (65), lo mismo que sucede cuando se basan en la «probabilidad de hacer un mal uso del permiso de salida» si no va acompañada de los criterios objetivos que avalan tal afirmación. La razón de esta situación es debida muchas veces al uso de formularios ya estandarizados totalmente faltos de cualquier tipo de motivación, práctica que debería erradicarse por su incompatibilidad con decisiones que afectan al modo de cumplimiento de la pena de prisión, ya que aunque la reedu-

(65) Ríos, J. C./ETXEBARRIA, X./PASCUAL, E. *Manual...* p. 379, citando la SAP Guipúzcoa 80/2008 de 11 de abril, que ante la ausencia de información de los factores entiende que el permiso no se puede denegar.

cación y reinserción social no sea considerada por el Tribunal Constitucional como derecho subjetivo, sí que es un principio programático que debe inspirar toda la ejecución penitenciaria.

En relación al segundo de los problemas destacados, son también numerosos los acuerdos que recogen criterios no previstos legalmente, como es el caso de las tres cuartas partes de la condena cumplida o la lejanía de la finalización del cumplimiento en la denegación de los permisos de salida, o la sobrerrepresentación del tipo de delito y la duración de la condena en las progresiones de grado. En el primer caso se ha producido un cuestionable desplazamiento legislativo, ya que dichos requisitos no previstos legalmente ni tampoco en su desarrollo reglamentario han sido introducidos como circunstancias peculiares de especial concurrencia (M-CCP) en la Instrucción SGIP 22/1996 de 16 de diciembre que regula los permisos de salida, algo que excede de las pautas que debe seguir la Administración para dar entrada a la exigencia de requisitos adicionales. En su apoyo la Jurisprudencia todavía es muy diversa ya que así como la STC 112/1996 de 24 de junio, donde por cierto también se entendía como motivación genérica e insuficiente para la denegación de un permiso de salida la mera referencia a la «no concurrencia de demás circunstancias», no se admitía como argumento la lejanía del cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena o la larga condena por no ser requisitos recogidos legalmente y por las distintas funciones de los permisos de salida y la libertad condicional, hay otras como la STC 204/1999, de 8 de noviembre que sin embargo avalan la lejanía de la finalización de la condena para denegar permisos de salida, lo que debería exigir al menos que no sean elementos que por sí solos sirvan para fundamentar una resolución denegatoria. Algo similar ocurre con la utilización de la trayectoria delictiva o tipo de delito, sin más referencias a razones personales relacionadas con la integración social, cuando se trata de progresar a tercer grado, solución especialmente rechazable por la naturaleza tratamental de la progresión, según Auto AP Las Palmas 430/204 de 23 de junio. (66)

En otro orden de cosas, no son menos relevantes las discrepancias por motivos institucionales entre las propuestas de las Juntas de tratamiento y las decisiones del Centro Directivo según el tipo de delito cometido, lo que en los últimos años es especialmente significativo en el caso de la delincuencia económica y de corrupción política (67),

(66) Cit. por Ríos, J. C./ETXEBARRIA, X./PASCUAL, E. *Manual...* p. 180.

(67) JUANATEY DORADO, C. «Función y fines de la pena: la ejecución de penas privativas de libertad en el caso de los delincuentes de cuello blanco». *Revista Penal* n.º 40, julio 2017, p. 37 y ss.

problemática en la que confluyen el mayor proteccionismo institucional de estos delitos pero también la utilización judicial en sede de recurso de las expectativas de ejemplaridad social, algo que en ambos casos ignora que la base de las decisiones penitenciarias deben ser los aspectos personales relacionados con la reinserción social y no los preventivos generales de cohesión social. Como ejemplo de ello en el Auto JV Valladolid 17.11.2014 denegatorio del tercer grado en una condena por delitos económicos se evidencian las diferencias entre algunos componentes de la Junta de Tratamiento coincidentes con el propio Centro Directivo que asociaban la no peligrosidad al ingreso voluntario, no previsión de repetición de los hechos y buena relación familiar y social y las razones esgrimidas por el Ministerio Fiscal, asumidas por el propio Juzgado de Vigilancia al rechazar el régimen abierto, en las que la peligrosidad se asocia a la alarma o rechazo social que generan los delitos económicos y el carácter retributivo y preventivo general del cumplimiento de la pena, aunque se trate de condenas cortas.

Por todo lo anteriormente expuesto la necesidad de motivación de los acuerdos en el ámbito penitenciario, no debe limitarse a un mero aspecto formal, sino desarrollar los elementos sustantivos que apoyan cada decisión, lo que requiere de un control judicial riguroso que vigile los excesos de discrecionalidad exigiendo el cumplimiento de los requisitos legales específicos de cada figura, pero también el objetivo resocializador que debe inspirar la ejecución penitenciaria en general, sin que la necesidad de individualizar cada acuerdo en las circunstancias personales de cada interno sea razón suficiente para legitimar todo trato diferenciado, si no va acompañado de la correspondiente justificación. Estas exigencias no van a evitar soluciones dispares pero al menos pueden forzar un mayor rigor en la motivación de los acuerdos, lo que afectará a los órganos administrativos, pero también a los judiciales, especialmente cuando en vía de recurso se limitan a reproducir los acuerdos impugnados, siendo posible reclamar una aplicación uniforme de las normas a través del recurso de unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo.

4.3.1 EL RECURSO DE CASACIÓN POR UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

El recurso de casación por unificación de doctrina en materia de vigilancia penitenciaria ha permitido que la materia penitenciaria disponga de jurisprudencia propia ante el Tribunal Supremo, siendo especialmente relevante que afecte al núcleo de la ejecución penitenciaria al exigir que la necesaria individualización en la respuesta penitenciaria no permita diferencias de trato no justificadas en una materia

que incide directamente sobre la libertad personal, por esta razón cuando haya identidad de supuesto legal de hecho y de norma legal aplicada no puede haber resoluciones judiciales contradictorias. Con ello se garantiza que supuestos iguales no reciban respuestas diferentes, ya que la interpretación y aplicación del Derecho penitenciario debe ser uniforme ante supuestos idénticos para velar por el principio de igualdad y el de seguridad jurídica, a pesar de la dificultad que conlleva la similitud de los asuntos dada la evidente disparidad de circunstancias personales de los internos. (68)

En este sentido serían tres los elementos que se ha de presentar: identidad de situación fáctica, identidad de la norma legal aplicada y resoluciones contradictorias carentes de suficiente motivación por sus diferencias.

En relación a la situación fáctica son dos las situaciones que pueden ser objeto de comparación, de un lado los hechos de las resoluciones judiciales que afecten a dos sujetos distintos y de otro los hechos de las resoluciones judiciales que afecten a un mismo sujeto en diferentes momentos.

El primer supuesto contradictorio se puede dar cuando se alega que dos supuestos idénticos reciben distinta solución, siendo habitual justificar estas diferencias en la diversidad de situaciones que acompañan a cada sujeto en su vida penitenciaria y en el margen de discrecionalidad en la aplicación que la propia legislación establece. Es cierto que es difícil encontrar esa identidad absoluta por el carácter personalizado e individualizado de cada expediente penitenciario (69), por eso aunque haya igualdad de delito, de condena y de clasificación pueden no haberla en distintas circunstancias personales como el arraigo, los programas de tratamiento seguidos o la actitud ante el delito cometido como manifiestan las STS 62/2016 de 4 de febrero y STS 78/2015 de 9 de diciembre en relación a los permisos de salida, por eso informes y diagnósticos personales pueden dar lugar a decisiones distintas, lo que no presenta problema alguno si son debidamente valoradas y justificadas en cada resolución.

El segundo sin embargo sería a la inversa ya que ante un cambio en las circunstancias en el momento de cada resolución no se varía la decisión, lo que resulta también contradictorio, porque lo que era válido para una situación no lo puede ser para otra distinta. En este caso hemos de preguntarnos si el dinamismo de la ejecución peniten-

(68) ARRIBAS LÓPEZ, «El recurso de casación para la unificación de doctrina en materia penitenciaria: un análisis jurisprudencial». *Diario La Ley* n.º 8737 8 abril de 2016, p. 4.

(69) ARRIBAS LÓPEZ, E. «El recurso de casación...», p. 5.

ciaria exige adaptar las decisiones a las circunstancias presentes en el momento de cada resolución, o por el contrario el presupuesto fáctico presente en el momento de la resolución impugnada no puede ser modificado, lo que dejaría a los órganos judiciales impedidos para valorar las circunstancias que hayan podido cambiar por estar constreñidos a las vigentes en el momento de la decisión impugnada.

La STS 124/2019 de 8 de marzo resolviendo recurso de casación por unificación de doctrina, antes mencionada, analiza un supuesto en el cual la Junta de tratamiento denegó un permiso ordinario de salida por la existencia de una sanción grave no cancelada, decisión ratificada por el Juez de Vigilancia, mientras que la Audiencia Provincial lo concedió porque al momento de resolver el recurso de apelación ya estaba cancelada, con lo cual al margen de la ruptura de la identidad entre ausencia de mala conducta y sanciones no canceladas ya analizada anteriormente, se pronuncia sobre otro tema de gran interés como es la posibilidad de que la revisión de legalidad pueda alcanzar a la modificación de los presupuestos fácticos que sirvieron de base ya que existen resoluciones que entienden que los requisitos legales deben darse en el momento de resolver el recurso de apelación mientras que otras sostienen que debe ser en el momento de su valoración por la Junta de tratamiento.

En la solución dada, calificada de salomónica (70), se reconoce como regla general que el recurso de apelación debe versar sobre el mismo objeto por ser lo que corresponde a una segunda instancia, pero que el especial objeto y finalidad del ámbito penitenciario exigen una «razonable flexibilidad» que permita valorar incidencias sobrevenidas que sean reveladoras de la evolución tratamental del interno, lo que le lleva a entender en este supuesto que si bien el simple paso del tiempo no es algo excepcional en un requisito temporal, sí lo pueden ser otras circunstancias del expediente penitenciario, admitiendo con ello que el cambio de circunstancias personales pueda dar lugar a una nueva valoración. Hay que tener en cuenta en este sentido que los órganos judiciales no pueden omitir circunstancias y datos que sean relevantes en el momento de tomar sus propias decisiones ya que además de que el tratamiento penitenciario se caracteriza por su dinamismo, lo que le exige tener en cuenta cualquier cambios relevante, lo contrario podría hacer perder la independencia del poder judicial respecto a las decisiones de la Administración. (71)

(70) ARRIBAS LÓPEZ, E. «El recurso de casación...», p. 6 comentando la STS 308/2012 de 27 de abril en sentido similar.

(71) RÍOS, J. C./ETXEBARRIA, X./PASCUAL, E. *Manual...* cit. p. 203-204.

Identidad de la norma legal aplicada implica que un mismo precepto es interpretado de manera diferente por dos resoluciones lo que suele justificarse en la particularidad de las circunstancias de cada sujeto y en la discrecionalidad administrativa que permite una aplicación no automática, el problema como ya se ha señalado anteriormente es que discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad sino todo lo contrario, por eso debe haber una especial cautela en que la referida competencia discrecional sirva para validar respuestas desiguales a presupuestos idénticos (72), siempre que vaya acompañada de las razones que apoyan la diversidad de trato, con lo que bastaría emplear los mismos esfuerzos que el Tribunal Supremo dedica a explicar los motivos que justifican la diferencia de aplicación legal ante diversidad de supuestos fácticos.

Este recurso de casación por unificación de doctrina sin embargo es muy limitado ya que las resoluciones contradictorias solo pueden ser Autos de la Audiencia Provincial o de la Audiencia Nacional resolviendo recursos de apelación no susceptibles de casación ordinaria, siendo especialmente importante resaltar que una de ellas deba ser la resolución impugnada y otra u otras la de contraste con la finalidad de poder observar la discrepancia de criterios aplicativos de ambas pese a la identidad de hecho y norma jurídica aplicada.

Todas estas consideraciones nos llevan a concluir que la exigencia de motivación no solo se cumple con la exposición de las razones que han llevado al órgano decisor a conceder o denegar la mejora de cualquier decisión penitenciaria, sino que exige que estas razones se acomoden a los requisitos legales y al enunciado constitucional que recoge la reeducación y reinserción social como principio programático inspirador de toda la política penal y penitenciaria, lo que obliga en caso de denegación a justificar qué bienes jurídicos son más relevantes que la propia reinserción social (73), ya que cualquier medida restrictiva que impida la concesión de figuras que supongan algún beneficio penitenciario que facilite la reinserción y la reeducación social exige una motivación específica de las circunstancias que priorizan otros bienes jurídicos en detrimento de la resocialización (74).

(72) ARRIBAS LÓPEZ, E. «El recurso de casación...» p. 12 cita la STS de 25 de noviembre de 2014 donde se justifica la posibilidad o no de añadir la restricción de comunicaciones junto a una sanción por la comisión de una infracción disciplinaria como muestra del análisis discrecional de las circunstancias personales.

(73) URÍAS MARTÍNEZ, J. «El valor constitucional...» cit. p. 63.

(74) URÍAS MARTÍNEZ, J. «El valor constitucional...» cit. p. 64.

5. CONCLUSIONES

El fin primordial de la reeducación y reinserción social en la ejecución de las penas privativas de libertad tiene como principal instrumento al sistema de individualización científica que permite separar en grados el cumplimiento de la pena para amoldar las condiciones de la misma a las características individuales de cada interno, ahora bien, ni este principio programático ni las dificultades para tomar decisiones adaptadas a las situaciones personales pueden ser utilizadas para justificar un campo de discrecionalidad tan amplio a la Administración que deje en una total incertidumbre el transcurso que va a seguir la condena de cada individuo.

Uno de los aspectos más relevantes del encarcelamiento, además del relativo a su duración, reside precisamente en las condiciones en las que se va a desarrollar su cumplimiento, es decir, la modalidad o régimen de vida en prisión, lo que depende no solo de la dureza de los requisitos legales que permiten el acceso a mejoras penitenciarias, sino en particular de las reglas de aplicación que ejercita el poder discrecional de la Administración cuya amplitud está estrechamente relacionada con el modelo de ejecución seguido.

De esta forma frente a la rigidez del retribucionismo punitivo que ignora la particularidad de la ejecución penitenciaria utilizando criterios asociados a la gravedad del delito y de la pena convirtiendo la ejecución en algo lineal, hermético y resistente a los cambios y la discrecionalidad absoluta que administrativiza el cumplimiento de la pena convirtiéndola en una ejecución abierta e incierta, la opción de un modelo discrecional reglado ofrece las ventajas de la flexibilidad dentro de un marco garantista de legalidad y seguridad jurídica, teniendo en cuenta que en materia penitenciaria un nivel muy exigente de seguridad jurídica no es viable porque la diversidad de situaciones que se plantean a lo largo del cumplimiento hacen que esté en constante transformación.

La indeterminación sobre la forma en que se va a cumplir la pena de prisión es consecuencia directa del objetivo resocializador, ya que si la ejecución se dirige a facilitar la reinserción social es necesario dejarla abierta a posibles cambios que se puedan producir en el penado, pero individualizar la planificación del cumplimiento no puede dar paso a un abandono del marco de legalidad ni a una total discrecionalidad en la concesión de las figuras penitenciarias, sino a tener en cuenta preferentemente las necesidades tratamentales de cada individuo de manera que no quepan las restricciones colectivas aso-

ciadas a determinadas tipologías delictivas, ni tampoco los tratamientos diferenciados no justificados.

La razón de ello es que discrecional no es sinónimo de arbitrariedad, sino exigencia de legalidad, lo que implica autorización legal y obligación de justificar los motivos de cualquier decisión que afecte al cumplimiento penitenciario. De esta manera debe ser la ley la que delimite el marco de actuación de la Administración para que pueda valorar la respuesta penitenciaria más adecuada a las necesidades de cada interno, lo que desde una individualización garantista debe priorizar los criterios de valoración basados en la evolución del interno analizados con elementos objetivos, dejando de lado el recurso a la gravedad del delito o de la pena, por ser criterios ajenos a los objetivos penitenciarios.

En la línea de dotar de mayor seguridad jurídica a la individualización penitenciaria debería hacerse una revisión de los requisitos legales que navegan de forma inconexa por la LOGP, el RP e incluso el CP con el fin de darles una redacción uniforme y fiel al texto constitucional, reformulando conceptos carcelarios tradicionales excesivamente ligados a la prisión punitiva y alejados de la prisión resocializadora, tales como el historial delictivo previo, la buena conducta en sentido estrictamente disciplinario o las expectativas de conducta futura con patrones de conducta carcelaria, para dirigirlos hacia una valoración dinámica e integradora de la evolución de la conducta del interno analizada con elementos objetivos suficientemente motivados que sustituyan a las previsiones basadas en meras presunciones en contra del reo.

El objetivo de todas estas pretensiones es recuperar la orientación resocializadora de la pena de prisión desde una perspectiva garantista que permita limitar el poder discrecional de la Administración con la defensa del principio de legalidad, seguridad jurídica e individualización científica de una manera que sea capaz de compatibilizar la necesaria flexibilidad inherente a los cambios en el ámbito penitenciario con el derecho a conocer los criterios que van a ser valorados con una mínima certeza y concreción, ya que la decisión sobre la forma de cumplimiento penitenciario no puede depender de conceptos indeterminados, predicciones estadísticas, o meros juicios de valor, sino de acuerdos respetuosos con la legalidad y suficientemente motivados para impedir las diferencias de trato no justificadas.

6. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GARCÍA, J. *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español* Granada, Comares, 2001.

- ARRIBAS LÓPEZ, E. «La sentencia del 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, 29 de octubre de 2009.
- «La peligrosidad extrema y la inadaptación regimental en la legislación penitenciaria», *Diario La Ley* n.º 7281, 14 de octubre de 2009.
- «El recurso de casación para la unificación de doctrina en materia penitenciaria: un análisis jurisprudencial». *Diario La Ley* n.º 8737 8 abril de 2016.
- BOONE, M. «Los procesos legislativos penales en los Países Bajos: ¿qué racionalidad hay detrás del Derecho penitenciario especial para pequeños traficantes de drogas?» en *La política legislativa penal en Occidente. Una perspectiva comparada*. Ed. Díez Ripollés, J, L./Prieto del Pino, A. M./Soto Navarro, S. Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- CARMONA SALGADO, C. «Los permisos de salida» en *Comentarios a la legislación penal dirigidos por M. Cobo del Rosal*, tomo VI vol 2, Madrid, Edersa, 1986.
- CERVELLÓ DONDERIS, V. *Derecho Penitenciario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, 4.ª Ed.
- *Libertad condicional y sistema penitenciario*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- CID MOLINÉ, J. *La elección del castigo*. Barcelona, Bosch, 2009.
- CUARESMA MORALES, D. «Las funciones del criminólogo ¿informe criminológico vs informe jurídico? « V Jornadas de ATIP Almagro 2008.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, A. «Criterios para la valoración de la peligrosidad y el riesgo en el ámbito penitenciario. Cuadernos de Política Criminal n.º 120, diciembre 2016.
- DÍEZ RIPOLLES, J. L. «El abuso del sistema penal» *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología* 19.1 (2017).
- ESBEC RODRÍGUEZ, E. «Valoración de la peligrosidad (riesgo-violencia) en psicología forense. Aproximación conceptual e histórica» *Psicología clínica y forense* vol 3, n.º 2 2003.
- FERRAJOLI, L. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trad. P. Andrés Ibañez y otros, 6.ª Ed, Madrid, Trotta, 2004.
- «Garantías y Derecho penal». «El paradigma del Derecho penal mínimo» en *Garantismo y Derecho penal* Coord. J. O. Sotomayor, Colombia, Temis, 2006.
- GARRIDO GENOVÉS, V., STANGELAND, P., REDONDO, S. *Principios de Criminología* Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- JUANATEY DORADO, C. «Política criminal, reinserción y prisión permanente revisable» *ADPCP* Tomo LXV 2012.
- KAISER, G. «Ejecución penal y derechos humanos» *Direito e cidadania* n.º 6 1999, pág 18. Disponible en <http://www.ciencias penales.net>
- KAMINSKI, D. «Les droits des détenues au Canada et en Angleterre: entre révolution normative et légitimation de la prison», en *L'Institution du droit pénitentiaire. Enjeux de la reconnaissance de droit des détenus* Kaminski, D. Schutter, O. de L. G. D. J. Bruselas, 2002.
- LACAL CUENCA, P./SOLAR CALVO, P. «¿Se puede exigir la asunción del delito al condenado?» *Diario La Ley* n.º 9277, 11 octubre de 2018.
- MAPELLI CAFFARENA, B. *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª Ed, Navarra, Civitas, 2011.

- MARTÍNEZ GARAY, L. «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad» en *Derecho penal de la peligrosidad y prevención de la delincuencia*. Dtor E. Orts, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- MATA MARTÍN, R. «El principio de legalidad en el ámbito penitenciario» *Revista General de Derecho Penal* 14 (2010).
- MORABITO, M. R. «¿ Es arbitrario denegar permisos penitenciarios a penados que niegan su responsabilidad por el delito cometido?» *Revista Pensamiento Penal* 16.03.2011.
- NAVARRO, M. G. «Discrecionalidad administrativa» *Eunomia. Revista en cultura de la legalidad*, n.º 3, septiembre 2012.
- NISTAL BURÓN, J. El principio constitucional de «seguridad jurídica» su posible desconocimiento por el actual sistema de ejecución penal. *Actualidad Jurídica Aranzadi* n.º 743, 2008.
- PAVARINI, M./MOSCONI, G. «Discrecionalidad del poder penitenciario; la flexibilidad de la pena en la fase ejecutiva en la actividad de los Tribunales de Vigilancia» *Delito y sociedad. Revista de ciencias sociales*. N.º 11-12 1998.
- RÍOS, J. C./ETXEBARRIA, X./PASCUAL, E. *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse en la cárcel*. Madrid, Une, 2018, 2.ª ed.
- SOLAR CALVO, P./LACAL CUENCA, P. «El sistema de individualización científica: estructura básica y principios» *Revista de Estudios Penitenciarios* n.º 26, 2018.
- SOTOMAYOR, J. O. (coord.) *Garantismo y Derecho penal* Colombia, Temis, 2006.
- TAMARIT SUMALLA, J. M. *La reforma de la ejecución penal* García Albero, R./Tamarit Sumalla, J. M. Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- TINEDO FERNÁNDEZ, G. «Alcance de la función jurisdiccional en fase de ejecución» *Capítulo criminológico* vol 34, n.º 3. Julio-Septiembre 2006.
- URÍAS MARTÍNEZ, J. «El valor constitucional del mandato de resocialización» *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 63, 2001.
- VAN ZYL SMIT, D./SNACKEN, S. *Principios de Derecho y Política penitenciaria europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.