



UCAM

UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE MURCIA

ESCUELA INTERNACIONAL DE DOCTORADO
Programa de Doctorado en Abogacía y Práctica Jurídica

Vínculos actuales entre penas privativas de libertad
y medidas de seguridad, al amparo de Naciones
Unidas y el artículo 25.2 de la C.E.

Autor:

D. Pedro Valverde Pujante

Directores:

Dr. D. Juan José Nicolás Guardiola

Dr. D. César Augusto Giner Alegría

Murcia, Octubre de 2016

UCAM



EIDUCAM
Escuela Internacional
de Doctorado



UCAM

UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE MURCIA

AUTORIZACIÓN DEL DIRECTOR DE LA TESIS PARA SU PRESENTACIÓN

Los Directores Dr. D. Juan José Nicolás Guardiola y Dr. D. César Augusto Giner Alegría como Directores de la Tesis Doctoral titulada “Vínculos actuales entre penas privativas de libertad y medidas de seguridad, al amparo de Naciones Unidas y el artículo 25.2 de la C.E.”, realizada por D. Pedro Valverde Pujante en el Departamento de ESCUELA INTERNACIONAL DE DOCTORADO, Programa de Doctorado en Abogacía y Práctica Jurídica, **autoriza su presentación a trámite** dado que reúne las condiciones necesarias para su defensa.

Lo que firmo, para dar cumplimiento a los Reales Decretos 99/2011, 1393/2007, 56/2005 Y 778/98, en Murcia, Octubre de 2016.

Firmado

Dr. Juan José Nicolás Guardiola

Dr. D. César Augusto Giner Alegría

UCAM



EIDUCAM
Escuela Internacional
de Doctorado

La multitud de leyes frecuentemente presta excusas a los vicios.

René Descartes (1596-1650).

La finalidad del castigo es asegurarse de que el culpable no reincidirá en el delito.

Cesare Beccaría (1738-1794).

A MI FAMILIA (M^a Pilar, M^a Encarna y David).

AGRADECIMIENTOS

A mis Directores de Tesis; Dr. D. Juan José Nicolás Guardiola y Dr. D. César Augusto Giner Alegría, por su seguimiento infatigable en el trabajo, por sus sabios consejos, por esas clases magistrales transmitiéndome información y por su implicación para la consecución final de esta Tesis.

Al Vicedecano de Criminología y amigo Dr. D. José María Caballero Salinas, por sus comentarios formativos y animarme cuando tocaba fondo académico y pretendía abandonar el presente trabajo.

A la Universidad Católica San Antonio de Murcia, por dejarme realizar, presentar y defender la actual Tesis Doctoral, así como la facilitación de todo tipo de trámite burocrático.

ABREVIATURAS EMPLEADAS

AAP.	Auto de la Audiencia Provincial.
ATC.	Auto Del Tribunal Constitucional.
AATC.	Autos Del Tribunal Constitucional.
ATS.	Auto Tribunal Supremo.
AATS.	Autos Tribunal Supremo.
AJVP.	Auto Del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.
Art.	Artículo.
Cap.	Capítulo.
CE	Constitución Española.
Cit.	Cita.
CJV.	Conclusiones de los Jueces de Vigilancia.
CP.	Código Penal.
DGIP.	Dirección General de Instituciones Penitenciarias.
ET.	Estatuto de Trabajadores.
I.	Instrucción.
JVP.	Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.
LO.	Ley Orgánica.
LOG.P	Ley Orgánica General Penitenciaria.
LOLR.	Ley Orgánica de Libertad Religiosa.
OIT.	Organización Internacional de Trabajo.
OM.	Orden Ministerial.
p.	Página.
pp.	Páginas.
RAE.	Real Academia Española.
RD.	Real Decreto.
RP.	Reglamento Penitenciario.
RPE.	Reglas Penitenciarias Europeas.

RO.	Real Orden.
SAP.	Sentencia Audiencia Provincial.
SGIP.	Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.
SSTC.	Sentencias Del Tribunal Constitucional.
STC.	Sentencia Del Tribunal Constitucional.
STEDH.	Sentencia Del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
STS.	Sentencia Del Tribunal Supremo
ss.	Siguientes.
t.	Tomo.
TC.	Tribunal Constitucional.
TEDH.	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TS.	Tribunal Supremo.

OBJETIVOS CIENTÍFICOS.

Establecer un marco conceptual del enfoque basado entre los “Vínculos Actuales entre Penas Privativas de Libertad y Medidas de Seguridad, al amparo de Naciones Unidas y el artículo 25.2 de la C.E.”, que facilite su comprensión y conocimiento, y promueva su incorporación en las políticas de cooperación penitenciaria y su utilización por los distintos actores e instituciones.

El trabajo proporcionará a estos actores un conjunto de herramientas que comprendan lo más esencial del Enfoque Basado en Medidas de Seguridad y Penas Privativas de Libertad, de forma que puedan aplicarlos en las políticas de cooperación nacional e internacional de forma práctica.

Conseguir entender los Establecimientos Penitenciarios como unas instituciones a la que el sistema penal le ha encomendado la función de recuperar a las personas condenadas a fin de evitar la comisión de nuevos hechos delictivos, aunque socialmente tiene funciones como el castigo, la venganza, la prevención general, la reeducación y la reinserción social.

Alcanzar que las prisiones faciliten los medios necesarios para que los penados se integren en la sociedad y que la misma sea real y efectiva. Este objetivo, que además es reconocido constitucionalmente, es incumplido por la Administración penitenciaria.

METODOLOGÍA.

El Enfoque metodológico general del proyecto es la investigación, que busca conocer lo que sucede en la realidad que se está analizando para transformarla. El objetivo es conseguir cambiar esa realidad, pero las acciones que se realizan para conseguir este cambio no vienen desde arriba, sino desde el grupo de actores que participan de esa realidad.

El proceso secuencial de esta metodología es “conocer-actuar-transformar”.

Es necesario conocer la realidad en la que vamos a actuar para conseguir transformarla, pero esta transformación solo la conseguiremos de manera efectiva, si conseguimos que haya una participación real de todos los actores, no solo de aquellos que tienen el poder de decisión.

Propongo este tipo de metodología para el proyecto que presento, porque entiendo que la investigación que voy a realizar tiene un espacio reducido, en instituciones y personas.

De esta manera, con la implicación en la investigación que estoy realizando, se consigue un mayor grado de acercamiento a la realidad investigada, y un mayor grado de implicación de los actores en las transformaciones que se busquen en la acción.

Esta metodología supone un reconocimiento del entorno en el que se desarrolla nuestra actividad, permite adquirir un mayor nivel de conocimiento del mismo, ayuda a tener una mayor implicación y sensibilización en los procesos y que se participe más activamente en la transformación de la realidad.

Teniendo presentes los objetivos y las cuestiones aquí indicados, este estudio se plantea sobre la base de tres etapas. Estas partes, pese a contar cada una de ellas con especificidad propia, se interfieren las unas con las otras, de tal modo que la investigación sólo adquiere pleno significado a partir de su integración:

Las tres etapas son las siguientes:

Etapa 1. En esta etapa se han analizado las principales experiencias europeas y americanas, en el campo de las penas privativas de libertad, las medidas de seguridad y la reinserción del penado. Se trata, en definitiva, de un repaso selectivo de la literatura especializada, cuyo fin ha sido proporcionar una

primera aproximación a nuestro objeto de estudio, al mismo tiempo que nos ha permitido ser más cuidadosos en las partes sucesivas de la investigación.

La segunda y tercera parte del estudio supone una aproximación cualitativa de la realidad a analizar. Este tipo de aproximación cuenta ya con una tradición en nuestro campo de estudio (Trabajo Fin de Grado en Derecho, año 2012, en Universidad Católica San Antonio de Murcia).

Etapas 2. Desarrollo de la investigación.

- .- Revisión de la situación actual del marco teórico.
- .- Estructuración de la investigación.
- .- Análisis y sistematización de toda la información recogida.

Etapas 3. Validación de la propuesta.

- .- Se validará el rigor científico y la utilidad práctica del documento elaborado.

INTRODUCCIÓN.

La bibliografía criminológica es muy amplia y variada, aunque con poca tradición en nuestro país. Se nutre de diferentes perspectivas disciplinarias como la psicología, la sociología o el derecho. Un repaso no profundizado permite detectar que hay bastantes estudios sobre tipología de delitos y que relacionan el comportamiento delictivo con características personales, psicológicas, sociales, estructurales (del entorno, como desigualdades sociales, barrios, etc.), así como biológicas. Edad, sexo, origen social, inmigración, cultura, son aspectos ampliamente tratados. Los estudios sobre reincidencia suelen incluir un conjunto de variables personales, sociales y penales, para detectar los factores más, poco o nada influyentes. En el caso de las medidas de seguridad, penas privativas de libertad y la reinserción de los penados, la literatura especializada es abundante, pero aún hay menos pruebas empíricas en torno a la reinserción laboral-social de esos privados de libertad.

Nuestra investigación bibliográfica se ha iniciado sobre todo a partir de una revisión de textos publicados en los últimos años en las revistas especializadas, entre las que destacamos Cuadernos de Política Criminal, Revista de Ciencias Sociales, Criminology, Crime & Delinquency, Revista General del Derecho, Journal of Research in Crime and Delinquency y European Journal of Criminology. También he revisado manuales y monografías. A veces unos textos han llevado a otros. En cualquier caso, la selección realizada se basa en entender que hace una aportación de interés sobre la materia de estudio. En síntesis, he hallado literatura directamente asociable al proyecto y, aunque la investigación espero sea exhaustiva, en su conjunto creo que ofrece un panorama suficiente, aparte de aportar algunas pautas o pistas para el trabajo.

Este apartado empieza con un recorrido evolutivo en la transformación de los Sistemas Penitenciarios y de la Ejecución Penal, así como por las diferentes escuelas de pensamiento, que han hegemonizado el discurso de las teorías sobre medidas de seguridad y penas privativas de libertad, con la intención de situar la discusión teórica y cronológicamente. Hacer constar que las referencias consultadas no tratan específicamente el objeto de estudio, sin embargo, presentan ideas sugerentes para abordar más adelante el trabajo presentado.

ÍNDICE

CAPÍTULO I: TEORÍA GENERAL PENITENCIARIA Y SU EVOLUCIÓN

1. TRANSFORMACIÓN DE LOS SISTEMAS PENITENCIARIOS Y DE LA EJECUCIÓN PENAL.....	25
1.2. Cuestiones generales.....	25
1.2. Antecedentes de la prisión en Europa hasta el siglo XVII.....	28
1.2.1. Desde Grecia hasta la Edad Antigua	28
1.2.2. Edad Media	31
1.2.3. Edad Moderna	36
1.2.4. Siglo XVIII.....	42
1.2.5. Siglo XIX	59
1.2.6. Siglo XX.....	64
1.2.7. Siglo XXI	72

CAPÍTULO II: GÉNESIS Y EVOLUCIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD, EN RELACIÓN CON LA PENA

1. La penología, significado y alcance.....	81
2. Doctrina de la pena y sus consecuencias.....	82
2.1. Tratamiento Jurídico de la pena	83
2.1.1. Código Penal.....	83
2.1.2. Tribunal Constitucional	85
2.1.3. Tribunal Supremo.	86
2.1.4. Tribunal Europeo De Derechos Humanos	86
2.1.5. Privación o restricción de derechos	88
2.1.6. Ajustado a ley	89
2.1.7. Impuesto por los órganos jurisdiccionales	89
3. Aportaciones doctrinales en torno a las teorías de la pena.....	90
3.1. Teorías absolutas	90
3.2. Teorías relativas.....	91
3.3. Teorías de la unión.....	92

CAPÍTULO III: COMO SE CLASIFICAN Y REGULAN LAS PENAS Y LA PELIGROSIDAD CRIMINAL EN EL C.P.

1. Las medidas de seguridad privativas de libertad en España.....	95
2. Clasificación de las penas.	102
2.1. Modificaciones en la L.O. 5/2010, de 22 de Junio:.....	109

2.2.	Modificaciones importantes en la L.O. 1/2015, de 30 de Marzo:	113
2.2.1.	Modificación del régimen de penas y su aplicación.....	114
2.2.2.	Supresión de las faltas y creación de nuevos delitos leves (Libro III CP)	114
2.2.3.	Amplia reforma del decomiso (Artículos 127 a 127 octies CP)	114
2.2.4.	Concreción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (Artículos 31 bis, ter, quater y quinquies).....	115
2.2.5.	Retoques en violencia doméstica y de género	115
2.2.6.	Se elevan las penas por asesinato y homicidio (Artículos 139, 140, 140 bis, 142 CP)	115
2.2.7.	Nuevos delitos contra la libertad, la libertad sexual y la intimidad	116
2.2.8.	Se agravan las penas por hurto, robo y estafa (Artículos 234, 235, 235 bis, 236, 237, 240, 241, 244, 246, 247, 249, 250 CP)	116
2.2.9.	Delimitación clara entre administración desleal y apropiación indebida (Artículos 252 a 254 CP)	117
2.2.10.	Distinción entre insolvencias punibles y frustración de la ejecución (Artículos 257 a 260, 263, 264 a 264 quater, 265, 266, 268 CP)	117
2.2.11.	Mayor protección para la propiedad intelectual (Artículos 270, 271, 274 CP)	117
2.2.12.	Refuerzo punitivo de la corrupción en los negocios y en la administración pública (Artículos 286 bis, ter, quáter, 288, 304 bis y 304 ter, 306, 308 bis CP)	118
2.2.13.	Nuevas definiciones de atentado y alteración del orden público (Art. 550, 551, 554, 556, 557, 557 bis, 557 ter, 559, 561CP)	118
2.2.14.	Protección del medio ambiente y contra incendios (Arts. 319, 323, 325, 326, 326 bis, 327, 328, 332, 334, 335, 337, 337 bis y 353 CP)	118
2.2.15.	Redefinición de las conductas de incitación al odio y a la violencia (Artículo 510 CP)	119
3.	Orígenes de la peligrosidad criminal.....	119
4.	Sistemas de regulación de la peligrosidad criminal.	121
4.1.	Sistema monista.....	121
4.2.	Sistema dualista.....	121

4.3. Sistema vicarial.....	122
4.4. Sistema adoptado en España.....	122
5. Regulación de la peligrosidad criminal en el Código Penal.....	122

CAPÍTULO IV: TIPOLOGÍA EN LAS DE MEDIDAS DE SEGURIDAD Y SU TRASCENDENCIA

1. Tipología de las medidas de seguridad (tabla 3).....	127
2. Clases de consecuencias accesorias.....	130
3. Regulación en el Código Penal.....	130

CAPÍTULO V: LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD COMO SANCIÓN PENAL

1. Consideraciones generales.....	137
2. Concepto de seguridad.....	140
3. Principales construcciones doctrinales.....	147
4. Tipología de seguridad en los Centros Penitenciarios.....	152
4.1. Clasificación reglamentaria. Seguridad exterior y seguridad interior.....	152
4.2. Medidas de seguridad en la prisión.....	155
4.2.1. Observación de los reclusos.....	158
4.2.2. Recuentos.....	159
4.2.3. Intervenciones.....	161
4.2.4. Medida de seguridad a través de los cacheos.....	161
4.2.5. Medida de seguridad a través de las exploraciones radiológicas.....	171
4.2.6. El aislamiento como medida de seguridad.....	172
4.2.7. Traslados, conducciones y medidas de seguridad.....	188
4.2.8. Los FIES como medida de seguridad.....	191
5. Las Comunidades.....	195
5.1. Cuestiones previas.....	195
5.2. Comunicaciones según la Constitución y comunicaciones en la prisión.....	207
5.2.1. Paquetes postales.....	208
5.2.2. Comunicaciones telefónicas.....	209

CAPÍTULO VI: LA REINSERCIÓN SOCIAL DE LOS PENADOS

1. EL CASTIGO Y LA SANCIÓN.....	213
1.1. Objetivos generales y planteamientos.....	213
1.2. Principales tipos de sanciones penales.....	224
1.3. Fin de la pena, y especial estudio de la pena privativa de	

libertad	226
1.4. Privación y restricción del derecho a la libertad.....	243
1.4.1. Reconocimiento del derecho	243
1.4.2. Cuestiones doctrinales.....	245
1.5. La sanción penal privativa de libertad	253
1.5.1. Antecedentes generales de la pena privativa de libertad: la prisión.	253
1.5.2. La libertad individual entendida como libertad mínima	255
1.5.3. Privación de libertad como pena y no como medida de seguridad.....	260
1.6. La prisión como restricción de la libertad.....	263
1.6.1. Fin común y principal de toda persona y, en especial, de los presos: la libertad.....	263
1.6.2. Acceso de los presos a la libertad	267

CAPÍTULO VII: LA REINSERCIÓN SOCIAL Y LA REEDUCACIÓN DE LOS RECLUSOS

1. ARTÍCULO 25 DE LA C.E., DOCTRINA Y SU CONSTITUCIONALIZACIÓN.....	277
2. APLICACIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD COMO PRINCIPIO RESOCIALIZADOR	287
2.1. Reseña histórica	287
2.2. El reconocimiento del derecho a la reinserción social.....	290
2.2.1. Teoría de la prevención especial.....	290
2.2.2. Diferentes concepciones doctrinales en torno al fin de la pena privativa de libertad	303
3. ¿ES LA REINSERCIÓN SOCIAL UN DERECHO FUNDAMENTAL O UN FIN A CONSEGUIR?	322
4. LA REINSERCIÓN SOCIAL Y LA REEDUCACIÓN DE LOS RECLUSOS	328
4.1. Consideraciones generales	328
4.2. Concepto de resocialización.....	330
4.3. Los programas resocializadores	335
4.4. Finalidad constitucional para las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad.....	347
4.5. La cárcel, lugar de reeducación para reinsertarse	353
4.5.1. La prisión como escuela de reeducación.....	353
4.6. Incidencia de la reeducación en los derechos de los presos	356

5. ES LA REINSERCIÓN UN DERECHO DEL PRESO O DE LA SOCIEDAD	362
6. LA CÁRCEL COMO FACTOR SOCIAL	368
6.1. ¿Por qué castigar?	368
6.2. Cuáles son las funciones de la cárcel en la sociedad	373
6.3. Relación sociedad-mundo carcelario	375
7. SOLUCIONES PARA REINSERTAR.....	379
7.1. Posibles recomendaciones	379
7.2. El trabajo penitenciario como tratamiento resocializador	382
7.3. Principio general del trabajo penitenciario en la Constitución española	388
7.4. Relación trabajo-educación como reeducación del recluso	393
7.5. Reinserción a través de los permisos de salida	394

CAPÍTULO VIII: CONCLUSIONES

CAPÍTULO IX: FUENTES

1. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS.....	423
2. FUENTES JURÍDICAS.	453
3. OTRAS FUENTES.....	454

CAPITULO I

TEORIA Y EVOLUCIÓN GENERAL PENITENCIARIA.

1. TRANSFORMACIÓN DE LOS SISTEMAS PENITENCIARIOS Y DE LA EJECUCIÓN PENAL

1.2. CUESTIONES GENERALES

Antes de adentrarnos en la historia y evolución de las prisiones, considero que es necesario establecer el concepto de la misma, en este sentido, utilizaré los términos de *prisión* y *cárcel* de manera indistinta ya que se refieren a una realidad igual, lo que no ocurre con las voces de *recluso* y *preso* y la de *interno*. Y es que, a lo largo de la historia, la prisión ha cambiado considerablemente viendo la luz numerosos textos que tratan sobre su origen y evolución¹.

Así apreciamos que hay diversos antecedentes de lo que hoy entendemos por *prisión* o *pena*, dado que “lugares donde retener o custodiar a las personas culpables” han existido siempre, y lo que ha ido evolucionando de forma progresiva ha sido el criterio que de estos lugares se ha tenido². Lo que ha

¹ Vease en MELOSSI, D., y PAVARINI, M., *Cárcel y fábrica: los orígenes del sistema penitenciario. Siglo XVI-XIX, Siglo XXI*, Madrid, 2005. Cit., pp. 17-90. BURILLO ALBACETE, F.J., *El nacimiento de la pena privativa de libertad*, Edersa, Madrid, 1999. Cit., pp. 115-137. ARA PINILLA, I., *Las transformaciones de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1990; del mismo, “La naturaleza jurídica de los derechos humanos”, *Las transformaciones de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1990. Cit., pp. 95-113. TÉLLEZ AGUILERA, A., *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones, Derecho y realidad*, Edisofer, Madrid, 1998. Cit., pp. 162-189.

² En este sentido, PEÑA MATEOS, J., “Antecedentes de la prisión como pena privativa de libertad en Europa hasta el siglo XVII”, en GARCÍA VALDÉS, C., (dir.), *Historia de la prisión: teorías economicistas, crítica*, Edisofer, Madrid, 1997; NEUMAN, E., *Evolución de la pena privativa de libertad*, Depalma, Buenos Aires, 1971; HENDLER, E.S., “El derecho penal primitivo y su supuesta evolución”, *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 54, 1994; GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual de ciencia penitenciaria*, Edersa, Madrid, 1983; MONTANOS FERRIN, E. y SÁNCHEZ-ARCILLA, J., *Estudios de historia del derecho criminal*, Dykinson, Madrid, 1990; GEREMEK, B., *La piedad y la horca*, Alianza, Madrid,

permanecido ha sido la necesidad que la sociedad, y a través de ésta los gobernantes, tiene de retener al sujeto que viola las normas, asegurando al menos una ordenada convivencia. El dato más característico ha sido la progresiva humanización que las diferentes sociedades han ido estableciendo.

La estancia en prisión o lugar de custodia era, en la mayoría de los casos, el paso previo a la pena capital, el lugar donde el preso permanecía olvidado hasta el día de su muerte. Hasta el siglo XVIII, tanto las prisiones como la aplicación de las penas en las mismas eran lamentables, la ejecución de la pena estaba regida por la crueldad. Antiguamente, el encierro de las personas no era para cumplir una condena sino que se les retenía hasta que eran juzgados y, posteriormente, se ejecutaban las penas sobre ellos. En todo este periodo las cárceles eran cárceles de custodia en las que las personas se confundían sin distinción de sexo, delito, edad o por cuestiones de salud, con una carencia absoluta de higiene, en edificios apenas habilitados para dicha función. El principal objetivo de estas prisiones era mantenerlas separadas de la sociedad, todo ello traía aún más enfermedades y, por supuesto, más delincuentes.

Esto fue así hasta el siglo XVIII, en el que aparece la pena privativa de libertad tal y como la entendemos hoy día. En este momento, fue cuando empezaron a surgir las nuevas ideas sobre la prisión. Las consecuencias que se derivaban de ella eran totalmente desfavorables para la sociedad, por lo que el interés recayó en un cambio, siendo en la segunda mitad del siglo XVII cuando empezaría a haber enfrentamientos y críticas a la legislación penal del momento y críticas en relación a la situación de los presos y de las prisiones. Los autores tratarían de defender y, por tanto, de implantar los derechos individuales, no ya de quiénes viven en sociedad con plena libertad, sino también de los presos, defendiendo la dignidad del hombre libre y del encarcelado.

No obstante, todo lo que rodea a las prisiones ha cambiado considerablemente. Ha cambiado en lo atinente al régimen y a la estructura de las primeras prisiones, produciéndose un recorrido desde la antigua *cisterna* en la que los hebreos arrojaban a sus prisioneros hasta la actual prisión como edificio

1989; FOUCAULT, M., *Surveiller et punir: naissance de la prison*, Gallimard, París, 1975, *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*, trad. de A. Garzón del Camino, Siglo XXI, Madrid, 2002.

moderno. En efecto, durante siglos fueron empleados como prisiones los lugares más inhabitables, y todos los derechos antiguos y ordenamientos medievales conocen la prisión como retención, la “cárcel de custodia” en la formulación clásica de Ulpiano³. Ésta es la primera fase histórica de la pena privativa de libertad. Desde tal punto de vista, el encierro se ha utilizado desde tiempos remotos para castigar o dificultar la actividad de algunas personas, pero la cárcel, tal como hoy la conocemos, empieza a ser mencionada a finales del año 700. En la época de Alfonso IX, los delincuentes se organizaban en sociedades secretas de bandidos; en las circulares de la Santa Hermandad del siglo XV y posteriormente se tienen conocimiento de las *Cortes de Milagros* agrupadas por mendigos, delincuentes y minusválidos. Tras la caída de Granada aparece la Garduña, poderosa asociación de delincuentes (con una duración de casi tres siglos).

Un edicto de Luitprando, rey de los Longobardos (712-744) disponía que cada juez tuviera en su ciudad una cárcel para encerrar a los ladrones uno o dos años. Una capitular de Carlomagno del año 813 decretó “que las gentes que hubiesen delinquido fueran ingresadas en prisión hasta que se corrigieran”⁴. En las Partidas del Rey Alfonso X el Sabio (1221-1284), se decía que la cárcel era para la custodia. Esta cárcel custodia era administrada por los príncipes y señores con plena arbitrariedad, ordenándola en función de la procedencia social de los destinatarios, mas no sería hasta el siglo XVIII cuando se encuentran en Europa las dos primeras manifestaciones de establecimientos penitenciarios propiamente dichos, es decir, de lugares construidos específicamente para servir de prisión. Los primeros fueron el Hospicio de San Michele en Roma (Italia) en 1704 y la prisión de Gante (Bélgica) en 1773. El edificio de San Michele fue diseñado para que fuera posible conciliar la separación nocturna de los presos y el trabajo en común diurno y en la prisión de Gante los distintos pisos se encontraban

³ Hablaba de retener a las personas no para castigarlas. Para un amplio conocimiento, GARCÍA VALDÉS, C., *Derecho Penitenciario. Escritos, (1982-1989)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, p. 27; GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual de Ciencia penitenciaria*, cit., p. 73.

⁴ Aquí encontramos el primer objetivo de lo que en la actualidad, tanto la Constitución española en su art. 25 como en la Ley y en el Reglamento Penitenciarios, señalan “corregir” o lo que es lo mismo “reeducar” al que haya delinquido.

rodeados de una hilera de celdas, dormitorios, comedores, salas, almacenes y talleres en los que los presos pudieran trabajar. El trabajo, que era de muy variada naturaleza (cardar, hilar, tejer, hacer zapatos, trajes, etc.), se efectuaba en común, permaneciendo cada preso aislado en su celda durante la noche.

1.2. ANTECEDENTES DE LA PRISIÓN EN EUROPA HASTA EL SIGLO XVII

Se hace referencia a toda esa época que se caracteriza por la lucha por el poder y por las situaciones sociales de conflicto de cada momento.

Debido a la evolución se llega a una progresiva universalización. Así, de pasar del reconocimiento de determinados derechos y a determinadas personas, se ha ido pasando al reconocimiento de la igualdad de la persona.

1.2.1. Desde Grecia hasta la Edad Antigua

Hay que tener en cuenta que en este periodo no solamente existía la prisión como custodia de presos, sino que también existía la figura de la pena de muerte para algunos delincuentes, aspecto este último que estudiaré en un epígrafe aparte. En Grecia se utilizaron como prisiones canteras abandonadas, denominadas *latomías*, mereciendo ser citadas las de Siracusa, donde Dionisio el Viejo (S. IV a.de C.) encerraba a sus prisioneros. Consistían en una profunda cavidad en la roca de alrededor de 600 pies de largo por 200 pies de ancho, en las que los presos debían soportar todos los cambios meteorológicos sin ningún resguardo y, por consiguiente, existía un completo abandono de la persona (este procedimiento lo heredarían los cartagineses y, más tarde, los romanos).

En Grecia, encontramos tendencias a privar de libertad a ciertas personas con el propósito de asegurar algún interés frente a ellos, era lo que se denominaba "prisión por deudas", la cárcel era un medio de retener a los deudores hasta que pagasen las deudas, ejerciendo la custodia sobre los acusados para que, impidiendo su fuga, pudiesen responder ante sus acreedores, ello permitía que el deudor pudiese quedar a merced del acreedor como esclavo suyo, o bien que éste retuviera a aquél a pan y agua. Más adelante aparecería el sistema público de reclusión, pero con forma coactiva para forzar al deudor a pagar. Platón creyó en la necesidad de la existencia de tres tipos de

cárceles: una en la plaza del mercado (cárcel de custodia), otra en la misma ciudad (casa de corrección), y la tercera en un paraje sombrío y alejado de la provincia con el fin de amedrentar (casa de suplicio)⁵.

En Roma⁶ la situación de los presos no varió considerablemente, las cárceles se confiaban a guardianes que llevaban una lista exacta de los presos, de los cuales debían dar cuenta a los *triumviri* (una de las tres personas que gobernaba). Grillos y cadenas, esposas, argollas y otros instrumentos, servían para sujetarlos y agravar sus sufrimientos, que solían acabar con la muerte.

Se sabe que existió la prisión preventiva de la que Ulpiano defendía argumentando "*carcer enim ad continendos homines non ad puniendos haberi debet*" ("La cárcel debe servir no para el castigo de los hombres, sino para su guarda")⁷, y la prisión por deudas. También como pena fue conocida la institución del *ergastulum*, que era el arresto o reclusión de los esclavos en un local destinado a este fin en la casa del dueño. Este tipo de cárcel tenía carácter doméstico o privado, pues era misión del *paterfamilias* determinar si la reclusión en el *ergastulum*, había de ser temporal o perpetua. Por su parte, los grandes filósofos de la época también daban su opinión sobre las penas, así Platón⁸ admitía el estigma y el látigo. En España, destaca la doctrina de Séneca⁹ sobre la finalidad retributiva (*quio peccatum est*) y preventiva (*ne peccetur*) de la pena, pudiendo aplicarse sólo a la pena privativa de libertad. El hecho mismo de la detención era el primer maltrato al preso. La pena de prisión, con carácter privado, aparece documentada durante la dominación visigoda, en donde se empleaban sobre los presos métodos coercitivos caracterizados por la crueldad.

⁵ En este sentido, MELOSSI, D. y PAVARINI, M., *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*, Siglo XXI, México, 2005, pp.103-116.

⁶ Entre otros, KRAUSE, J.U., "Prisons et crimes dans l'Empire romain," in BERTRAND- DAGENBACH, C. (ed.), *Carcer: Prison et privation de liberté dans l'Antiquité classique. Actes du colloque de Strassburg, 5 et 6 décembre 1997*, De Boccard, París, 1999, pp.117-128.

⁷ ULPIANO, *Digesto*, 48, 19, 8, 9.

⁸ PLATÓN, *Las Leyes*, Obras Selectas, Libro IX, 854d-856c, vol. II, Madrid, 2000, pp. 102-105.

⁹ SENECA, *De la cólera*, Alianza, 1986, I, 6, pp. 43-45.

Las condenas a prisión podemos decir que eran en su mayoría por impago de impuestos o por deudas adquiridas por el acusado. En esta coyuntura, la pena que se imponía iba dirigida a una reconciliación con los dioses, la purificación del grupo y la eliminación del infractor. La pena se caracterizaba por ser expeditiva y poco costosa. Existían ya funcionarios de prisiones contratados por el Estado, los presos pasaban hambre y las cárceles podían estar en lugares tan variopintos como conventos, casas o cisternas. Es decir, esta época se caracteriza porque el concepto de personalidad es desconocido. La libertad, venía de los dioses y se dirigía a los hombres a través de otros hombres, pero desconociendo siempre el diálogo.

Por otra parte, la confusión entre lo humano y lo divino, lo sacro y lo profano impidió una real autonomía individual y una concepción profunda y operativa de la libertad personal. El poder político y el poder religioso venían a ser una misma cosa. Toda la existencia del hombre era esencialmente política. La comunidad -el grupo histórico- se imponía al individuo con una fuerte presión social y con un control en el que los elementos prohibitivos y sancionadores no estaban, como están hoy, suficientemente diferenciados¹⁰.

En esta coyuntura, si bien la mayoría de los imperios se caracterizaban por el despotismo y el poder, en Grecia Aristóteles¹¹ defendió la naturaleza libre de determinados sujetos, los que se incluían en el estatus de ciudadano, excluyéndose al resto y calificándolos de esclavos. Esta situación sería similar en Roma, donde había hombres libres y esclavos. A esto podemos añadir que los estoicos proclaman la ley natural, la razón, la igualdad y la dignidad de los hombres por encima de la organización del Estado. Y la doctrina de los cristianos defendía que todos los seres humanos son descendientes de Dios, iguales ante Dios, con titularidad de una dignidad moral.

¹⁰ GONZÁLEZ CASANOVA, J.A., "Libertad de asociación", *Revista Jurídica de Cataluña*, nº. 2, 1974, p. 260.

¹¹ ARISTÓTELES, *La Política*, J. Marías y M. Araujo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 401-448.

1.2.2. Edad Media

La Edad Media¹² se caracteriza por ideas cristianas, se defienden ideas como una comunidad universal formada por todos los seres humanos. En este apartado partiremos de los pueblos germánicos, los cuales aplicaban dos principios 1) Justicia = principio del Talión, y 2) Utilidad = no prescindir de brazos útiles para la guerra.

Adelantamos cómo supuso que se aboliese o, al menos, se redujese la pena de muerte, lo que hizo que se extendiesen las penas corporales y la pena privativa de libertad. Las prisiones laicas de la Edad Media eran los calabozos y subterráneos de los castillos, fortalezas, palacios, monasterios y otros edificios, sin preocuparse de las condiciones de higiene. Los señores feudales tenían su casa de justicia, donde los culpables o presuntos culpables podían permanecer indefinidamente. Durante este período, la idea de pena privativa de libertad surgió sin aparecer, teniendo todavía un eminente carácter aseguratorio de la no convivencia con el resto de la sociedad, con el fin de que los presos fueran sometidos con posterioridad a los más terribles tormentos demandados por el pueblo: la amputación de brazos, piernas, lengua, ojos, el quemar las carnes a fuego y la muerte, teniendo en la mayor parte de las ocasiones una naturaleza puramente festiva y de distracción.

La noción de libertad y respeto a la individualidad humana no existía y las gentes quedaban al arbitrio y merced de los que estaban en el poder. Locos, mujeres, niños y ancianos esperaban apiñados entre sí en encierros subterráneos, calabozos o estancias de palacios y fortalezas. También una capitular de Carlomagno ordenaba que las gentes *boni generis* que hubiesen delinquido podían ser castigadas con cárcel por el rey hasta que se corrigiesen. La cárcel en la Edad Media se sometía al arbitrio de los príncipes gobernantes,

¹² Para una concepción más amplia, BENEYTO, J., "Los derechos fundamentales en la España Medieval", *Revista de Estudios Políticos*, nº. 26, 1982, pp. 99 y ss.; BAZÁN DÍAZ, I., "Crimen y castigo en la Edad Media hispana. La cárcel, un espacio del mal", en SABATÉ I CURULL, F., *L'espai del mal: reunió científica: IX curs d'estiu Comtat d'Urgell*, Pagès Editors, Lleida, 2005, pp. 289-318; RAMOS VÁZQUEZ, I., "Cárceles públicas y privadas en el Derecho medieval y castellano: el delito de cárceles particulares", *Revista de Estudios histórico-jurídicos*, nº. 28, 2006, pp.339-386.

que la imponían en función del estamento al que perteneciera el preso y que podía conmutarse por prestaciones en metálico o en especie, quedando como excepción la pena de prisión para aquellos cuyo crimen careciera de la suficiente gravedad como para que fuesen condenados a muerte o a penas y en las que se mutilaban partes del cuerpo.

Una excepción a la regla general de la cárcel de custodia son las denominadas *prisiones de Estado* y la *prisión eclesiástica*¹³, utilizadas para retener a personas concretas, las cuales gozaban de ciertas prerrogativas. La prisión de Estado, cumplió una función importante en la Edad Media, y también en la primera mitad de la Edad Moderna. En ella sólo podían recluirse los enemigos del poder real o señorial que hubiesen incurrido en delitos¹⁴ de traición y los adversarios políticos de los personajes del poder. Bajo dos formas se nos presenta esta modalidad de prisión: como cárcel de custodia, donde el reo espera la muerte en sus diversas formas, o como detención temporal o perpetua, al arbitrio del perdón real o señorial. En esta segunda modalidad es donde aparece claramente la privación de libertad como pena autónoma, tratándose, en la mayoría de los casos, de nobles que eran dispensados de la estancia en los establecimientos de prisión comunes. Carecían de local fijo y se utilizaban castillos, fortalezas o el palacio señorial. Entre las prisiones de Estado más famosas se encuentran: La Torre de Londres, los Castillos de Egelsburgo, la Bastilla parisina y los Plomos venecianos. Por su parte, la prisión eclesiástica estaba destinada a sacerdotes y religiosos, y respondía a las ideas de redención, caridad y fraternidad de la Iglesia, dando al internamiento un sentido de penitencia y meditación. Recluían a los infractores en un ala del monasterio para que por medio de la oración lograsen su corrección. Poseían un régimen alimenticio y penitenciario con frecuentes disciplinas y trabajos manuales en sus celdas desde el primer momento, elemento equiparable al actual tratamiento penitenciario de trabajos y actividades.

¹³ Entre otros, LLORCA ORTEGA, J., *Cárceles, presidios y casas de corrección en la Valencia del XIX. Apuntes históricos sobre la vida penitenciaria valenciana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

¹⁴ Para la definición de delito, FERRAJOLI, L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A., Ruíz Miguel, J.C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco y R. Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1997, pp. 373 y ss.

Dada la potestad jurisdiccional de la Iglesia, todo un sistema de penas y penitencias vino desarrollado a través del Derecho Canónico (siendo su fuente principal el denominado *Libri Poenitentialis*, dando lugar a la voz penitencia a penitenciario)¹⁵ que castigaba a los monjes rebeldes o que hubiesen sido autores de hechos delictivos. La pena principal del Derecho Canónico se llamaba *detrusio in monasterium*¹⁶ que consistía en la reclusión en un monasterio de los clérigos que hubiesen infringido una norma eclesiástica, en lugar de la reclusión era la denominada celda monacal, que debía tener luz para que el hermano pecador pudiera leer el breviario y los libros sagrados. El régimen canónico penitenciario conoció varias formas. Además de diferenciarse porque la pena se debía cumplir en la reclusión de un monasterio, en una celda o en la cárcel episcopal, tuvo distintas maneras de ejecutarse: a la privación de la libertad se añadieron sufrimientos de orden físico, aislamiento en calabozo (*cella, carcer, ergastulum*) y, sobre todo, la obligación del silencio. Estos atributos, propios de la ejecución penitenciaria canónica, tienen su origen en la organización de la vida conventual, muy en especial en sus modalidades del más acendrado misticismo.

El influjo que la organización religiosa de tipo conventual tuvo sobre la realidad carcelaria, fue de tipo del particular; la proyección sobre el ámbito

¹⁵ En el quedaba reflejado una serie de pecados y sus penitencias. En estos escritos filosóficos y pragmáticos se recogen las experiencias y se ponían al alcance de los clérigos el deseo de trasladar a la práctica las soluciones moderadas a los problemas surgidos.

¹⁶ En este sentido, MORRIS, N. y ROTHMAN, D.J., *The Oxford history of the prison: the practice of punishment in western society*, Oxford University Press, Oxford, 1998; GELTNER, G., "Medieval Prisons: between myth and reality, hell and purgatory", *History Compass*, nº. 4, 2006; DEAN, T., *Crime in Medieval Europe, 1200-1550*, Harlow, Longman, 2001; DUNBABIN, J., *Captivity and Imprisonment in Medieval Europe, 1000-1300*, Palgrave Macmillan, Nueva York, 2002; MABILLON, J., "Reflexions sur les prisons des ordres religieux", en THUILLIER, V., (ed.), *Ouvrages posthumes de D. Jean Mabillon et D. Thirri Ruinart*, F. Babuty, Paris, 1824, pp. 321-335; PETERS, E. M., "Prison Before the Prison: The Ancient and Medieval Worlds", en MORRIS, N. y ROTHMAN, R.J., (eds.), *The Oxford History of the Prison. The Practice of Punishment in Western Society*, Oxford University Press, Oxford, 1995, pp. 3-43.

público-institucional del original rito sacramental de la penitencia encontró su inspiración real en la alternativa religioso-monacal de tipo oriental, contemplativa y ascética. Pero hay que tener presente, como un elemento necesario para el análisis, que el régimen penitenciario canónico ignoró completamente el trabajo carcelario como forma posible de ejecución de la pena. La circunstancia de la ausencia de la experiencia del trabajo carcelario en la ejecución penal canónica puede clarificar el significado que la organización eclesiástica atribuyó a la privación de la libertad en un periodo determinado.

Parece, en efecto, que la pena de cárcel atribuyó al tiempo de internamiento la función de un *quantum* de tiempo necesario para la purificación según los criterios del sacramento de penitencia; no era, por eso, tanto la privación de la libertad en sí lo que constituía la condena, sino sólo la ocasión, la oportunidad para que, en el aislamiento de la vida social, se pudiera alcanzar el objetivo fundamental del castigo: el arrepentimiento. Esta finalidad se debe entender como enmienda, o posibilidad de enmienda, delante de Dios, y no como regeneración ética y social del condenado pecador; en este sentido, la pena no podía ser más que retributiva, fundada en la gravedad de la culpa y no en la peligrosidad del reo.

La naturaleza esencialmente penitencial de la cárcel canónica manifiesta claramente la posibilidad de su utilización con fines políticos; por el contrario, su existencia siempre tuvo un sentido religioso. No se crearon edificios sino que se utilizaron edificios ya creados, transformándolos en prisiones así, la Torre de Londres fue primeramente un palacio fortificado; la Bastilla, una de las puertas fortificadas de París, y la Salpêtrière, edificada por Luis XIV para fábrica de pólvora, de donde viene su nombre. Famosas, por lo terribles, fueron también las prisiones del castillo de Spielberg (Austria); los subterráneos del castillo de Sant'Angelo; los horribles hornos de Monza, especie de nichos superpuestos en los que el encerrado no podía ponerse de pie y, sobre todo, el espantoso *vade in pace*, donde se dejaba al preso morir de hambre y sed, o se le sometía a una larga agonía proporcionándole algún alimento. Esta idea de prisión aparece perfectamente descrita por Cervantes en *Los trabajos de Persiles y Sigismunda* cuando dice: "Voces daba el bárbaro Corsicurbo a la estrecha boca de una

profunda mazmorra, antes sepultura que prisión de muchos cuerpos vivos que en ella estaban sepultados”¹⁷.

Durante Alta Edad Media española, destacaron los Fueros Municipales, Fuero Juzgo y Fuero Viejo de Castilla, los cuales reflejan que existió la prisión preventiva y la prisión por deudas en los Fueros de Jaca (1063), Usagre y Béjar; la prisión como corrección paterna en el Fuero de Plasencia; la prisión como penal principal propiamente dicho en el Fuero de Medinaceli y en el de Miranda y, para los hombres ricos o de buena fama, se preveía la sujeción con hierros sin encarcelamiento (Fuero de Peralada). En Aragón destacó la cárcel de manifestados la cual dependía del Justicia Mayor garantizando la no intromisión arbitraria del Rey o de sus delegados¹⁸.

Hinojosa nos da noticia de la prisión señorial arbitraria, en la que el reo no está sometido a juicio, sino que depende exclusivamente del capricho del señor¹⁹.

En la Baja Edad Media española²⁰, la recepción del Derecho romano y el canónico traen consigo un aumento del poder real; se concibe a la prisión como institución preventiva (cárcel de custodia) y como verdadera pena. Las Partidas dicen “non es dada para escarmentar los yerros, más para guardar los presos tan solamente en ella fasta que sean juzgados”²¹. Junto a ello destaca la reclusión en los Monasterios por delitos religiosos, los trabajos forzados en las minas, la deportación a una isla, pudiendo ser las sanciones temporales o de por vida. En las leyes de estilo, el libro de las Costumbres de Tortosa y la Compilación de Huesca hacen referencias a la prisión preventiva y a la prisión como pena. El

¹⁷ CERVANTES SAAVEDRA, M., *Los trabajos de Persiles y Sigismunda*, Capítulo I.

¹⁸ Este es uno de los precedentes del Habeas Corpus.

¹⁹ BUENO ARÚS, F., *Lecciones de Derecho Penitenciario: en Ponencias presentadas a la I Jornadas de Derecho Penitenciario*, Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares-ICE, Madrid, 1984, p. 12.

²⁰ Entre otros, BERMEJO CABRERO, J.L., “Mayoría de justicia del rey y jurisdicciones señoriales en la Baja Edad Media castellana”, *Actas de las I Jornadas de metodología aplicada a las ciencias históricas*, t. II, Santiago de Compostela, 1975, pp. 207 a 215; del mismo, “Notas sobre la representación de la Justicia en la Baja Edad Media castellana”, *Miscelánea de Arte*, 1982, pp. 29 a 34.

²¹ Partidas 7^o, t. XXXI, Ley IV. Se prohíbe las prisiones privadas y se establece normas sobre la higiene, comunicaciones, responsabilidades, etc.

Fuero de Soria, el Ordenamiento de Alcalá, el Ordenamiento de Montalvo son otras normas que prohíben los malos tratos y ordenan la inspección semanal de las prisiones.

Esta época se caracteriza por el surgimiento de numerosos textos en los que se empiezan a plasmar derechos humanos y fundamentales, así en España se pueden señalar, entre otros, los siguientes textos básicos: El Pacto Convenido en las Cortes de León en 1188 entre Alfonso IX y su reino, El Privilegio General de Aragón de 1283, otorgado por Pedro III en las Primeras Cortes de Zaragoza, los Privilegios de la Unión Aragonesa de 1286, el Acuerdo de las Cortes de Burgos de 1301, el Acuerdo de las Cortes de Valladolid de 1322, el Fuero de Vizcaya de 1452 y las Partidas²². En Francia encontramos los siguientes textos: las cartas de las comunas urbanas, como la Gran Carta de Saint Gaudens de 1203. En Italia el Cuarto Consejo Laterano de 1215. En Inglaterra la Carta Magna sellada por Juan Sin Tierra el 15 de junio de 1215²³ y las primeras prácticas de la Common Law. En Hungría la Bula de Oro de 1222. En Suecia los Capítulos del rey de las Leyes de los Condados Suecos, del siglo XIV, etc. Todos ellos claros antecedentes de nuestros textos actuales.

1.2.3. Edad Moderna

Cuando España pasó de la Edad Media a la Edad Moderna, durante la época de los Reyes Católicos y de los Habsburgo (siglos XVI y XVII), los gobernantes utilizaron a los encerrados como mano de obra barata. En esta época las cárceles eran consideradas como espacios ajenos al Derecho. Los prisioneros eran forzados a trabajar para la Corona en los barcos y en el Nuevo Mundo para cubrir la demanda de mano de obra en el Imperio. Esta situación se apoderó de España hasta el siglo XIX, apareciendo el Coronel Manuel Montesinos que ayudó a mejorar la situación de los presos. Montesinos fue el primer especialista penitenciario que instauró un nuevo concepto de las prisiones. Fue

²² La Partida 7^ª, t. XXIX, Ley IV se ocupa de las prisiones y de la manera en la que se hallaban reclusos los presos. Se indica que la cárcel debe ser para guardar los presos no para otro mal.

²³ Aparecen determinados derechos y privilegios feudales de los nobles. Se considera como estatuto solemne.

comandante del presidio de San Agustín (Valencia) desde 1834 y puso en práctica las previsiones legales contenidas en la Ordenanza General de Presidios del Reino de 1834²⁴.

Acerca de los Decretos de la Italia medieval, Ferri nos da a conocer las leyes punitivas de la República de Lucca, publicadas en la ciudad en 1640. En ellas, la prisión aparece como pena sustantiva y no como mera custodia preventiva, así un Decreto del año 1533, castigaba a los muchachos de más de diez años que arrojarían piedras contra la escuela, maestros o tiendas, si eran ciudadanos con prisión y, si eran extranjeros, con idéntica pena más veinticinco azotes en público.

Con respecto a España, son relevantes el Ordenamiento de Montalvo, las Leyes de Toro y la Nueva Recopilación, las cuales reflejan la diferencia entre la cárcel (preventiva) y el presidio (punitivo)²⁵. En los siglos XVI–XVII aparecieron distintas instituciones de patronato, es decir, de asistencia social y tutelar a presos, liberados o menores descarriados (Caballeros XXIV de Salamanca, Padre General de Menores, Padre de Huérfanos de Zaragoza, etc.). Las prisiones que se utilizaban para las mujeres eran las galeras, en ellas se internaban las prostitutas, vagabundas, mendigas, alcahuetas y las de mala vida. En estos centros se perseguía el escarmiento más que la corrección, aplicándose los métodos de la marca y la horca para los reincidentes²⁶.

A partir del siglo XI, las luchas de religión eran el centro del reino. Fueron muchos los gobernantes europeos que impusieron la pena de muerte consistiendo en quemar los cuerpos vivos contra los herejes. El Emperador Federico II publicó, en 1224, una ley imperial por la que se imponía la pena de

²⁴ La Ordenanza contenía un sistema de clasificación que obligaba a la separación de los menores de dieciocho años y los condenados por penas infames. Se preveía un sistema de vida en común y se establecía rebajar la pena por el trabajo realizado. En el siglo XVI las Cortes de Madrid vieron la necesidad de depurar los defectos que había en el Ordenamiento de Montalvo.

²⁵ La Nueva Recopilación de 1567 dicta una serie de normas sobre el trato a los reclusos, la higiene, la separación por sexos, los aranceles, etc.

²⁶ Destacan en esta época la Obrecilla de Sr. Magdalena de San Jerónimo de 1608 y la Ordenanza de Don Luis Marcelino Pereyra de 1796.

muerte a los herejes. El Papa Gregorio IX, en 1231, aceptó para la Iglesia esta constitución y tomó diversas medidas para asegurar su cumplimiento. La principal fue la creación del Santo Oficio o Tribunal de la Inquisición, de la que se ocupó la nueva orden de los dominicos. Desde ese momento, se comenzó a luchar contra la herejía conforme a las leyes vigentes. El castigo más riguroso era la muerte, que generalmente se producía por *fuego* a través de los *autos de fe*, le seguían otros como la cárcel perpetua o temporal.

En las Partidas del Rey Alfonso X el Sabio (1221-1284) se decía que la cárcel era para la custodia. Esta cárcel custodia era administrada por los príncipes y señores con plena arbitrariedad, ordenándola en función de la procedencia social de los destinatarios. Los presos eran retenidos no en edificios considerados como cárcel, puesto que no existían, sino que se servían de cualquier cantera, conventos desamortizados, fortificaciones o torres. En esta época era muy característico leer y publicar las sentencias en actos públicos, auto de fe. Durante el camino hacia la quema, los religiosos que acompañaban a los condenados multiplicaban los esfuerzos para obtener su retractación. Lo más frecuente es que éstos pidieran misericordia, lo que les valía ser estrangulados antes de llegar a las llamas.

En cuanto a las penas de prisión, fueron consideradas por la Iglesia como un medio de encarcelamiento del culpable y, en ciertos casos, como medidas de intimidación. Normalmente, estos encierros eran temporales en esa época aunque tampoco se descartaban penas de prisión perpetuas, éstas solían reducirse a pocos años, pues la Inquisición no podía alimentar indefinidamente a sus presos. Además, las cárceles inquisitoriales eran preferidas por los reos a los inmundos calabozos y mazmorras de la jurisdicción ordinaria. La Inquisición²⁷ fue el primer Tribunal en Europa en abolir el tormento y los

²⁷ La Inquisición se caracterizó por imponer penas como prisiones preventivas (llamadas cárceles secretas basadas en el tormento), la pena de muerte por fuego, la cárcel perpetua y la cárcel temporal. No obstante, dicha época permitía que si un marido y su mujer cumplían condena podían cumplirla juntos y hacer vida en común, además, cabía la posibilidad de que el preso pudiese salir para trabajar en el exterior o cumplir una condena perpetua no en la cárcel sino en su domicilio. GARCÍA CÁRCEL, R., *Orígenes de la Inquisición española. El tribunal de Valencia (1478-1530)*, Península, Barcelona 1985; MARTÍNEZ DÍEZ, G., *Bulario de la Inquisición española. (Hasta la muerte de*

instrumentos designados a agravar la pena; sus calabozos fueron los más amplios, alumbrados e higiénicos, y el trato a los presos el más favorable. Se describen estos lugares como “cuartos cuadrados, bien blancos, claros por medio de una ventana con reja: todas las mañanas se abren las puertas desde las seis hasta las once, a fin de que entre el aire y se purifiquen”.

Los prisioneros, tengan bienes o no, son tratados muy bien, pues les dan tres comidas. A los presos se les daba cama, ropa limpia, silla, mesa, algunos libros devotos y un alimento decente. En esta época también se quejaban del hacinamiento y, por ello, la Inquisición permitió que los presos cumplieren la prisión en sus casas, quizás sea el primer antecedente en cuanto a medida alternativa a la pena de privación de libertad, y la prisión perpetua se llevaba a cabo en los monasterios, siendo relativamente fácil el cambio de uno a otro. A finales del siglo XV la Garduña se estableció en Sevilla, determinando contraseñas para anunciar riesgos y transmitir mensajes aún estando presos. Los delitos que cometían eran: raptos, violaciones, secuestro de niños, petición de rescate, desvalijamiento de diligencias, falsificación de moneda y asesinato por encargo.

Las galeras eran una de las penas caracterizadas por ser lugares de desolación y sufrimiento físico y psíquico donde no se permitía la pereza, la fatiga, el agotamiento ni la enfermedad. Era un trabajo duro, y había pocos voluntarios. Lo más habitual era condenar a galeras a los delincuentes y esclavizar a los prisioneros de guerra. Con el inicio de las grandes empresas marítimas de los siglos XVI y XVII aparecieron, fundamentalmente en el reino de España, las *penas de galeras*²⁸. Los *galeotes* españoles fueron el escenario donde se practicaban las penas corporales sustituyéndolas por trabajo forzado hasta la muerte. Desaparecida la galera a causa de los progresos de la navegación, los

Fernando el Católico), Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1998; GACTO FERNÁNDEZ, E., “Aproximación al Derecho Penal de la Inquisición”, *Perfiles Jurídicos de la Inquisición Española*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1989, pp. 175 y ss.

²⁸Para un amplio conocimiento sobre el tema, RODRÍGUEZ RAMOS, L., “La pena de galeras en la España moderna”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 31, 1978, pp. 259-276; ALEJANDRE GARCÍA, J.A., “La función penitenciaria de las galeras”, *Historia 16*, vol. extra VII, 1978, pp. 47 y ss.

penados eran destinados a otros trabajos forzados mayores como el arme y desarme de buques, o el trabajo en las minas del reino. Podemos decir que las galeras representan un antecedente claro de los trabajos forzados de los presos, trabajo que no estaba remunerado económicamente, no obstante, no es posible afirmar que al trabajo al que eran sometidos fuese un claro antecedente del trabajo como resocializador del delincuente, ya que en ésta época no era ese su fin.

En el siglo XVI, comienzan a aparecer casos en los que las prisiones y su régimen se humanizan²⁹. Las llamadas *casas de trabajo* emergían en los países bajo la influencia de la Reforma protestante, imponiendo a los presos una disciplina adecuada a la nueva moral religiosa, que además resultaba ventajosa para las necesidades del sistema de producción emergente del país. El trabajo era muy diverso: así, en Holanda, los condenados raspaban palo Campeche (tipo de madera) y las mujeres trabajaban como hilanderas. También se hacían redes de pesca, tejían alfombras o confeccionaban sacos para el comercio; en Alemania, los penados se empleaban en trabajos necesarios en calles y fortificaciones; en Bélgica se dedicaban a la manufactura del papel; y, en Italia, eran empleados para diversos oficios (en Nápoles se utilizaban en la fabricación de calzado).

En ésta línea, aparecen los *presidios militares* divididos en tres partes. Presidios arsenales; presidios militares y presidios peninsulares, viéndose la mayoría de las penas reducidas a las obras de fortificación en los presidios militares. Anteriormente a la Ordenanza general de 1834, surgía la transformación de las penas de galeras en presidio arsenal y en pena de trabajos públicos. En 1597, se creó la ley inglesa que autorizaba la deportación, dejando con vida a hombres y mujeres condenados, trataba de que fueran útiles a otras regiones de la Tierra. Eran transportados en buques hacia su lugar de

²⁹ En este sentido, BECCARIA, C., *Dei delitti e delle pene: con una raccolta di lettere e documenti relative alla nascita dell'opera e alla sua fortuna nell'Europa del Settecento*, trad. De los delitos y de las penas, Alianza, Madrid, 1982; PAVARINI, M., *Los confines de la cárcel*, Carlos Álvarez editor, Montevideo, 1995; FOUCAULT, M., *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*, cit.; RIVERA BEIRAS, I. y ALMEDA, E., *Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Anthropos, Barcelona, 2005; del mismo, *La cuestión carcelaria. Historia, epistemología, derecho y política penitenciaria*, Del Puerto, Buenos Aires, 2006; DE LEÓN VILLALBA, F.J., *Derecho y prisiones hoy*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003.

destino, pero, mientras que estos buques se llenaban de presos esperaban durante meses hasta que estuvieran todos los reos reunidos, al tiempo que había que custodiarles y darles ocupación.

Las primeras casas de corrección datan de los siglos XVI y XVII, y aparecen en Inglaterra, Holanda, Alemania y Suiza. Se menciona como la más antigua la *House of Correction*, ubicada en Bridewell (Londres), inaugurada en 1552. Ésta era pensada para la corrección de aquellos pobres, que siendo aptos para el trabajo, se resistieran a trabajar. Una ley de 1670 define el estatuto de las mismas, ordena a los oficiales de justicia la comprobación del cobro de los impuestos y la gestión de las sumas que permitan su funcionamiento, confiando al Juez de Paz el control de su administración. En el año 1697, nació como consecuencia de la unión de varias parroquias de Bristol, la primera *Workhouse* de Inglaterra; otra se estableció en 1703 en Worcester; y una tercera lo hizo el mismo año en Dublín, pudiendo considerar a estas casas de corrección como el verdadero antecedente de la reacción carcelaria moderna. Tal vez lo más significativo era el castigo que se infligía para imponer la disciplina que era rígida e inflexible³⁰.

Desde las cadenas y azotes, pasando por el ayuno, hasta la tristemente célebre *celda de agua*, en la cual el recluso sólo podía salvar su vida achicando agua con una bomba. Estos procedimientos se aplicaban a falsos tullidos y mendigos mentirosos y, como anécdota, se cita que existía una pared entera cubierta de bastones y muletas colgados por los reclusos *curados*. La influencia ejercida por los Establecimientos de Amsterdam fue considerable. Las ciudades componentes de la Liga Hanseática construyeron prisiones con trabajos forzados. Lubeck en 1613, Hamburgo en 1629, en Bélgica se creó la *Maison de force* de Gand en el Castillo de Gerard le Diable, donde los internos trabajaban en el raspaje de madera, estableciéndose un peculio que se les pagaba cuando recuperaban la libertad. Igualmente el influjo llegó a Suiza, donde se creó el

³⁰ Ver GARCÍA VALDÉS, C., "Las casas de corrección de mujeres: un apunte", en VV.AA., *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos*, Libro Homenaje al profesor Torío López, Granada, 1999; LLORCA ORTEGA, J., *Cárceles, presidios y casas de corrección en la Valencia del siglo XIX*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992; GÓMEZ BRAVO, G., *Crimen y castigo: cárceles, justicia y violencia en la España del Siglo XIX*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2005; MARTÍNEZ GALINDO, G., *Galerianas, correngendas y presas. Nacimiento y consolidación de las cárceles de mujeres en España (1608-1913)*, Dykinson, Madrid, 2002.

Shellenwerke bajo el principio de trabajo continuo e útil, eliminando el tormento ineficaz. Estas Instituciones de Amsterdam tuvieron gran éxito en muchos países europeos, si bien constituyeron un hecho excepcional, ya que todavía habría que esperar más de dos siglos para que las prisiones fuesen un lugar de corrección y no de custodia de delincuentes en espera de ser juzgados. No obstante, estos centros de reclusión no readaptaban al sujeto, ya que la función no era transformar. Almeda indica que el objetivo de corrección está muy lejos de alcanzarse, y entiende que las mismas se hallaban a medio camino entre el medio penitenciario y las actividades asistenciales o benéficas³¹.

Es de gran interés referirme al siglo XVI, en el que se produce un gran avance en cuanto a los derechos humanos y ello se produce a partir de la llegada de los españoles a América, por tanto, es imprescindible tener en cuenta a Francisco de Vitoria que, a partir de 1526, se encarga de crear las *relectiones*, donde podemos encontrar una serie de derechos que constituyen el principal fundamento ético para el establecimiento de una serie de derechos por parte de la Corona española, y que culminan en las llamadas Leyes nuevas de las Indias, de 1542, y las Ordenanzas de descubrimiento de 1573³². Y mencionar también al Padre Fray Bartolomé de Las Casas, en su obra *De Regia Potestat*.

1.2.4. Siglo XVIII

Este siglo se caracteriza porque la cárcel convive con las penas corporales. En realidad la Ciencia del Derecho Penal española arranca de la labor de los juristas del siglo XVI, entre los que cabe destacar especialmente a Diego de Covarrubias, Leyva y a Antonio Gómez. Estos juristas ejercieron una gran influencia en los demás países europeos, influencia favorecida por la hegemonía política española, el uso común del latín como lengua científica y el

³¹ ALMEDA, E., *Corregir y castigar. El ayer y el hoy de las cárceles de mujeres*, Balterra, Barcelona, 2002, p. 83.

³² ROVETTA KLYVER, F., *Hacia un modelo iberoamericano de derechos humanos a partir del siglo XVI*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1990, pp. 30 y ss.; del mismo, *Hacia un modelo iberoamericano de derechos humanos a partir de Francisco de Vitoria y de la legislación indiana*, Separata de la obra colectiva *Los derechos humanos en América*, Cortes de Castilla y León.

cultivo del Derecho Romano y Canónico. Hasta aquí se llega a la conclusión de que los establecimientos destinados a los delincuentes estaban pensados para destruir a la persona, y no para custodiarles o mejorar su conducta. Desde el siglo XVIII, se formularon varias teorías que lograron avances en la explicación del delito como corrección, dando lugar a una radical transformación del Derecho Penitenciario hasta entonces conocido³³, empieza a alcanzar plenitud la filosofía de los derechos humanos. Surge en esta época el Iluminismo penal, es decir, una mayor humanidad en el trato. Entre las casas de corrección, destaca la de San Fernando de Jarama, muy elogiada por Howard, creada por Olavide en 1766. La Real Asociación de Caridad de Señoras de Madrid, fundada en 1787, tenía como misión enseñar y corregir a las reclusas de las cárceles y galeras, se les buscaba trabajo, se ocupaba de sus necesidades materiales, se les facilitaba dinero a las liberadas, etc.

En este siglo fue cuando los filósofos y los juristas ilustrados hicieron una crítica exhaustiva del Derecho Penal y procesal, en palabras de Prieto Sanchís “[...] puede hoy presentarse como uno de los capítulos principales de la génesis ideológica de los derechos fundamentales”.³⁴ En el ámbito de la filosofía penal al igual que en el ámbito de las libertades y derechos fundamentales, es la secularización la que deja una gran huella y da lugar a cambios en el marco jurídico e ideológico³⁵.

Sería Lardizábal el que publicara en 1782 un libro titulado *Discurso sobre las penas*, en el que se pronuncia sobre los principios de legalidad, culpabilidad, personalidad y proporcionalidad con el delito cometido. Sin embargo, no se pronuncia sobre el principio de igualdad porque considera que los nobles sufren más la pena que los plebeyos, y sigue distinguiendo la prisión

³³ NICOLÁS GUARDIOLA, J. J. *Evolución de la Política Penitenciaria Europea*, Aranzadi, Navarra, 2011. P. 127.

³⁴ PRIETO SANCHÍS, L., “La filosofía penal de la Ilustración”, *Anuario de Derechos Humanos*, nº. 3, Madrid, 1985, p. 288.

³⁵ TARELLO, G., “Storia della cultura giuridica moderna”, vol. I, *Absolutismo e codificazione del Diritto*, t. II, Mulino, Bolonia, 1976, p. 383, lo afirma; PRIETO SANCHÍS, L., “La filosofía penal de la Ilustración”, cit., p. 289.

preventiva³⁶ (cárcel) de la punitiva (arsenales y presidios), los cuales deben tener como finalidad la corrección del preso y, respecto de los que son incorregibles, que cumplan una función utilitaria como la de los trabajos públicos y el servicio de armas.

Lardizábal acepta la tesis del contrato social, pero trata de conciliarla con sus creencias cristianas. El fundamento del *ius puniendi* no se halla sólo en el “contrato social” sino en Dios que ha atribuido tal poder a los gobernantes. No menciona siquiera el principio de división de poderes, incompatible con la estructura del Consejo de Castilla (con atribuciones de gobierno, legislativas y judiciales), pero admite el principio de legalidad de los delitos y de las penas y rechaza el arbitrio judicial. Admite la interpretación extensiva de las leyes, es decir, su aplicación a casos no comprendidos en su letra pero sí en su espíritu. La pena, según Lardizábal³⁷, ha de ser proporcionada al delito, pronta, necesaria, o sea, lo menos rigurosa posible y segura. Defiende la pena de muerte y rechaza los argumentos de Beccaria³⁸ para negarla, pero se muestra partidario de una restricción en su aplicación a los casos en que sea absolutamente necesaria. No acepta tampoco la igualdad de los ciudadanos ante la ley penal y defiende la aplicación de penas diferentes a los nobles y a los plebeyos, por la mayor sensibilidad de los primeros. La concepción de la pena es una concepción utilitaria, relativa, típica del pensamiento de la Ilustración. Asigna a la pena un fin general: la seguridad de los ciudadanos y la salud de la República. Señala una serie de fines particulares: la corrección del delincuente para hacerle mejor y para que no vuelva a perjudicar a la sociedad, servir de ejemplo para que los que han pecado se abstengan de hacerlo, etc. Por otra parte, preocupado por la corrección y enmienda del delincuente, denuncia el efecto corruptor de los presidios y arsenales, y propone la creación de Casas de Corrección.

Uno de los primeros intentos para explicar la delincuencia desde una postura más científica que teológica fue planteada a finales del siglo XVIII por el

³⁶ Ver, HUACUJA BETANCOURT, S., *La desaparición de la prisión preventiva*, Trillas.

³⁷ LARDIZABAL y URIBE. M., *Discurso sobre las penas*, Universidad de Cádiz, Cádiz, 2001, pp. 110 y ss., este autor es partidario de la prevención general de la pena.

³⁸ BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, cit., pp. 155 y ss.

médico y anatomista alemán Franz Joseph Gall³⁹, que intentó relacionar la estructura cerebral y las inclinaciones del criminal. Esta teoría fue popular durante el siglo XIX, mas hoy se encuentra abandonada. Una teoría biológica más sofisticada fue desarrollada a finales del siglo XIX por el criminólogo italiano Cesare Lombroso⁴⁰, que afirmaba que los delitos son cometidos por aquellos que nacen con ciertos rasgos físicos hereditarios reconocibles. La teoría de Lombroso fue refutada a comienzos del siglo XX por el criminólogo Charles Goring, quien demuestra lo errado de la teoría mediante un estudio comparativo entre delincuentes encarcelados y ciudadanos “respetuosos de las leyes”, llegando a la conclusión de que no existen los llamados *tipos criminales* con disposición innata para el crimen⁴¹.

³⁹ Desarrolló la Ciencia de la Frenología, mediante la cual podía adivinarse el carácter y predisposiciones de una persona gracias a las protuberancias de su cráneo. Entre otros, BARONA VILAR, J.L., “Franz Joseph Gall: la frenología y las funciones del cerebro”, *Mètode: Anuario*, nº. 2006, 2006, pp. 244-245; del mismo, “Històries de científics. Franz Joseph Gall: la frenología i les funcions del cervell”, *Mètode: Revista de difusió de la investigació de la Universitat de Valencia*, nº. 47, 2005, pp. 124-125; WOLFGANG, R. y MICHAEL, N., “Franz Joseph Gall and his “talking skulls” established the basis of modern brain sciences”, *Wien Med Wochenschr*, nº. 158, 2008, pp.314-319.

⁴⁰ LOMBROSO, C., *L'uomo delinquente studiato in rapporto alla Antropologia, alla Medicina Legale ed alla discipline carcerarie*, 1876; SERRANO GÓMEZ, A., “Centenario de L'uomo delinquente”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXIX, fasc. III, 1976, p. 623, nota 1. Lombroso desarrolló la teoría sobre *delincuente nato* o *criminal atávico*, aseverando que la Criminología, es una Ciencia empírica independiente del Derecho penal y de otras Ciencias afines, no siendo partidario de esta idea autores como GONZÁLEZ ZORRILLA, C., “La Criminología y su función: el momento actual del debate”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLV, fasc. II, 1992, p. 638; HERRERO HERRERO, C., *Seis Lecciones de Criminología*, Colección “Politeia”, nº. 2, Dirección General de la Policía, Madrid, 1988. En otro sentido, GARÓFALO, R., *Estudios Criminalistas*, V. Suárez, Madrid, 1896, pp. 80-81, da gran valor a los estudios con base en la predisposición biológica al delito, pero con factores exógenos al delincuente. La teoría de Ferri, *Ley de saturación criminal*, se basa en que “el nivel de la criminalidad viene determinado cada año por las diferentes condiciones del medio físico y social, combinados con las tendencias congénitas y con los impulsos ocasionales de los individuos”. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 407.

⁴¹ Los estudios científicos recientes han confirmado las tesis y observaciones de Goring. No obstante, algunos investigadores siguen manteniendo que ciertas anormalidades en

En este periodo cabe señalar a Cristian Tomasio (1655-1728), quien manifestó su preocupación por las Instituciones penales. Tarello, de otro lado, aseveraba que, “la doctrina penal de Tomasio representa el puente entre la doctrina penal del absolutismo del setecientos, expresado en el sistema hobbesiano y pufendorfiano, y la doctrina penal de iluminismo del XVIII”⁴². Hablaba de la *poena medicinalis* que debe ser impuesta por el soberano, no como una represión vindicativa, sino con el objetivo de lograr la mejora de los ciudadanos, tanto del que ha delinquido como de la sociedad en general⁴³.

Asimismo, Halle distinguiría entre el *justum*, el *honestum* y el *decorum*; el primero viene a garantizar la paz externa, de manera que el ordenamiento penal es la garantía última del orden externo establecido por el soberano, *non turbabis alios in uso juris sui*.

La pena es necesaria porque es necesario modificar la conducta del delincuente a fin de que en el futuro se acomode, no a las reglas de *honestum* o *del decorum*, sino a las de lo justo”⁴⁴. Otro intento de explicación del delito fue iniciado en Francia por Montesquieu (1689-1755), que intentó relacionar el

el cerebro y en el sistema endocrino contribuyen a que una persona tenga inclinación hacia la actividad delictiva. En este sentido, ZAMBRANO LIZAMA, C.A., *Descripción cualitativa y propuesta metodológica para el trabajo con población infanto juvenil infractora de Ley en la provincia de Valdivia. Una mirada etnográfica*, Tesis doctoral, Valdivia (Chile), 2006.

⁴² TARELLO, G., “Storia della cultura giuridica moderna”, cit., p. 383; PRIETO SANCHÍS, L., “La filosofía penal de la Ilustración”, cit., p. 297.

⁴³ TOMASIO, C., “Institutiones Jurisprudentiae Divinae”, Scientia Verlag, Aalen, 1963, citado por PRIETO SANCHÍS, L., “La filosofía penal de la Ilustración”, cit., p. 297. Tomasio entiende que “es preciso extender al proceso penal las reglas de la prueba propias del civil y, en particular, eliminar la confesión como prueba reina y casi definitiva (*confessio regina robationis*), lo que sin duda era condición necesaria para pedir la eliminación de la tortura, que jurídicamente se fundaba en la enorme importancia que se concedía a la confesión; por la tortura se impone al desdichado acusado, todavía no convicto, una pena que excede en crueldad a aquella con la que sería castigado de ser completamente probada su culpa”, cit., p. 298.

⁴⁴ HALLE, *Fundamenta Iuris Naturae et Pentium, in quibus discernuntur principia honesti, justi ac decori*, 1705, citado por PRIETO SANCHÍS, L., “La filosofía penal de la Ilustración”, cit., p. 298.

comportamiento criminal con el entorno natural y físico. Su doctrina penal se refleja especialmente en los Libros VI y XII del *Espíritu de las Leyes* en los que se sientan las bases de un ordenamiento penal que ha de elaborarse a partir de nuevos supuestos ideológicos⁴⁵. Montesquieu⁴⁶ puso de relieve la importancia de las leyes penales y procesales, de las que depende la efectiva libertad del individuo; la libertad política consiste en la seguridad y ésta “no se ve nunca tan atacada como en las acusaciones públicas o privadas, etc. Nada interesa tanto al género humano como los conocimientos acerca de las reglas que han de observarse en los juicios criminales”⁴⁷. No obstante, en adelante hablaremos de la postura de Montesquieu junto a la de Rousseau en cuanto a la proporcionalidad entre castigo y delito, y del *ius puniendi* y la pena de muerte.

Sus sucesores han intentado reunir pruebas tendentes a demostrar que los delitos contra las personas tienen como base el clima, otros lo argumentan bajo la presión atmosférica, el incremento de la humedad y las temperaturas altas. De estas fechas fue la creación del Hospicio de San Miguel para criminales jóvenes bajo la idea de corrección, se obligaba a aprender un oficio durante el día mientras que por la noche eran aislados en sus celdas, todo bajo la supervisión y orden de los religiosos. El Papa Clemente XII construyó de forma parecida una prisión para mujeres en Roma, culminando el sistema con la construida en Gante en 1775 por Juan Vilain XVI, en la que se estableció, además de la regla del silencio, una clasificación de los reclusos por categorías jurídicas y morales.

⁴⁵ *De l'esprit et du rapport que les lois doivent avoir avec la constitution de chaque gouvernement, les mœurs, le climat*, Geneve, 1748, citado por PRIETO SANCHÍS, L., “La filosofía penal de la Ilustración”, cit., pp. 298-299 pone de relieve la importancia de las leyes penales y procesales, de las que depende la efectiva libertad del individuo; MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, cit., Libro XII, Cap. II, trad. de M. Blázquez y P. de Vega, Tecnos, Madrid, 1985, p.173.

⁴⁶ Para Montesquieu existen cuatro clases de delitos: contra la religión, las costumbres, la tranquilidad y la seguridad, reserva la máxima pena para los que atentan contra la seguridad. MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, cit., Libro XII, Cap. IV, pp.174-175.

⁴⁷ *Ibidem*, Libro XII, Cap. II, p. 173.

Aquí es necesario mencionar a Voltaire, cuya preocupación por el Derecho Penal fue tardía, la crítica sobre el modo de desarrollarse los juicios y sobre las instituciones penales del antiguo régimen se observan en el *Tratado sobre la tolerancia*. Según él, el Código Penal no es el único, ni tal vez el más adecuado modo de combatir la delincuencia, que muchas veces no llega a exteriorizarse con una adecuada prevención. En uno de los pasajes de su obra, además de abogar por la prevención del delito, describe el carácter clasista y discriminatorio del sistema punitivo cuando dice: “siendo de ordinario la estafa, el hurto y el robo, el crimen de los pobres, y habiendo sido hecha la ley por los ricos, ¿no pensáis que los gobiernos, que están en manos de los poderosos, deberían comenzar por destruir la mendicidad, en lugar de esperar la ocasión para ponerlos frente al verdugo?”⁴⁸. Según Voltaire, la causa del delito no se halla exclusivamente en los factores endógenos, es decir, en la personalidad biofísica del reo; la posición social, la educación e, incluso, el clima son también factores a tener en cuenta. En torno al sistema penal, Voltaire protesta contra la forma de llevar a cabo las pruebas en el juicio; combate el carácter secreto de las actuaciones judiciales; aboga por la asistencia del letrado, se opone a la tortura judicial por falta de humanidad. Voltaire resume lo que debe ser la legislación penal: “[...] los jueces sean los primeros esclavos de la ley y no los árbitros [...], que las leyes sean simples, uniformes, fáciles de entender por todo el mundo [...], que lo que es verdadero y justo en una ciudad no resulte falso e injusto en otra”⁴⁹. También asevera que, “un código criminal es absolutamente necesario, tanto para los ciudadanos como para los magistrados. Los ciudadanos no tendrán entonces

⁴⁸ VOLTAIRE, J.C., *Le Prix de la Justice et de l'Humanité*, art. II, *Oeuvres complètes*, cit., p. 282, algunas ideas de Voltaire son: los jueces deberían ser los primeros esclavos de la ley y no los árbitros; las leyes deben ser simples, uniformes, fáciles de entender por todo el mundo; lo que es verdadero y justo en una ciudad no resulte falso e injusto en otra; un código criminal es absolutamente necesario, tanto para los ciudadanos como para los magistrados. Los ciudadanos no tendrán entonces que quejarse nunca de los juicios y los magistrados no tendrán que temer incurrir en su odio: porque no será su voluntad la que condene, será la ley. Más extenso lo podemos encontrar en PRIETO SANCHÍS, L., *La filosofía penal de la Ilustración*, cit., p. 307.

⁴⁹ VOLTAIRE, J.C., *La réforme des lois pénales*, cit., p. 535, el párrafo del “Fragmente des instructions”, *Oeuvres complètes*, cit. XXVIII, p. 85.

que quejarse nunca de los juicios y los magistrados no tendrán que temer incurrir en su odio: porque no será su voluntad la que condene, será la ley [...]”⁵⁰.

John Howard (1726-1790)⁵¹, quien, impresionado por el estado de las prisiones inglesas, se dedicó a mejorar la situación de los encarcelados recorriendo para ello los principales Estados europeos y atrayendo sobre estas materias el interés general de los pensadores de la época. Según él, en su libro *States of Prisons (Warrington, 1777)*, “en Inglaterra los presos hallábanse amontonados, hasta el punto de que en muy pocas prisiones existía la separación entre sexos, y los niños aprendían en las narraciones abyectas de los mayores criminales, el vicio y la manera de realizar los delitos. Los idiotas y los locos, eran allí encarcelados junto con los delincuentes a los que servían de cruel diversión y a veces de espanto. Aparecen las enfermedades por el hacinamiento, la fiebre, el tifo o peste carcelaria y la viruela a veces se extendían a las poblaciones vecinas y a todos los que tenían algún contacto con los reclusos”.

También expone el resultado de sus observaciones, junto a un sistema de reformas del régimen de las prisiones, cuyas bases se encuentran en el sistema del Hospicio de San Miguel⁵²: 1ª) Educación religiosa; 2ª) Trabajo realizado seria y regularmente; 3ª) Un régimen higiénico y alimenticio humano; y

⁵⁰ En *Ideas republicanas, Opúsculos satíricos y filosóficos*, cit., p. 285, citado por PRIETO SANCHÍS, L., *La filosofía penal de la Ilustración*, cit., p. 308.

⁵¹ Había sufrido prisión y afirmó que era necesario un cambio. Estos horrores no eran exclusivos de Inglaterra, según pudo comprobar Howard en sus viajes por Holanda, Francia, Alemania, España, Italia, Portugal y Rusia, donde murió a causa de la fiebre carcelaria. Howard en *States of prisons*, denuncia el estado de las cárceles para pretender mejorar las condiciones de vida, concluía que las condiciones carcelarias favorecían el crimen y propuso para ello: 1) Aislamiento solamente nocturno; 2) Trabajo obligatorio para los condenados y voluntario para los preventivos; 3) Instrucción moral y religiosa; 4) Buena higiene y alimentación; 5) Separación de los acusados de los penados; y 6) Separación de los hombres de las mujeres, HOWARD, J., *El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales*, trad. de J. E. Calderón, Fondo de Cultura Económica, México, 2003, pp. 338 yss.

⁵² Fue creado por el Papa Clemente XI en Roma en 1704, en él se alojaban jóvenes delincuentes, la base del sistema estaba centrada en la disciplina, el trabajo, el aislamiento, el silencio y especialmente la enseñanza religiosa.

4ª) Aislamiento (no absoluto), para evitar el contagio de la corrupción. Al mismo tiempo que Howard trabajaba en Europa, se iniciaba un movimiento parecido en América con la Sociedad de Filadelfia para la reforma de las prisiones, difundándose así en América las ideas de Howard y en Europa las del Guillermo Penn, determinando la corriente del penitenciarismo humanitario⁵³.

En América, concretamente en 1776, se crearía la primera prisión Walnut Stret Jail por los cuáqueros con capacidad para 105 presos en régimen de completo aislamiento. Esta prisión se caracterizaba por la mala organización de manera que no tardó en que hubiese un gran hacinamiento, promiscuidad entre hombres y mujeres, circulación libre del alcohol, etc. Ante esto se empezaron a crear otras prisiones, unas tomando como modelo el panóptico de Bentham y, otras, un sistema arquitectónico radial⁵⁴.

La obra *De los delitos y las penas* de Beccaria supuso la ruptura con el sistema penal anterior, fijando los principios inspiradores del Derecho Penal actual. En su libro se describe la crueldad de las penas, siendo necesario una proporcionalidad de las mismas y el establecimiento de garantías. Expuso de modo completo la crítica del Derecho Penal de la monarquía absoluta y el pensamiento penal de la Ilustración. Beccaria se confesaba discípulo de Montesquieu y fundó el Derecho Penal en el contrato social. Llegaba a decir que los seres humanos, libres en el estado de naturaleza, habrían cedido parte de su libertad, la menor posible, para vivir en sociedad y ver garantizado así el resto de

⁵³ Guillermo Penn, jefe de la secta de cuáqueros, fundó en 1681 la Colonia Británica de Pensilvania, era conocida como *Philadephia Society for relieving distressed prisoners*, caracterizada por intentar la eliminación de las leyes inglesas ya que aplicaban sufrimientos corporales a los sentenciados. Es lo conocido como sistema filadélfico o pensilvánico. En cuanto a la humanización, BETEGÓN, J. "Los precedentes intelectuales de la humanización del Derecho penal y procesal en los siglos XVI y XVII", en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. y FERNÁNDEZ, E., (dir.), *Historia de los derechos fundamentales*, vol. I, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 483 y ss.

⁵⁴ Recordemos que Bentham ideó un sistema de cárcel caracterizado porque podía vigilar a todos los sentenciados sin ser visto, es decir, vigilar a los reclusos con el miedo de ser vistos. BENTHAM, *Panóptico*, La Piqueta, Madrid, 1791. Se rige por principios utilitaristas, es decir, mide la pena por el peligro y no por la moralidad del acto realizado. NAVAKWE, W.M., *Punishment and Prevention of Crime in Jeremy Bentham's Thought*, Microform, 1983.

su libertad. Sólo podrían constituir delito, por consiguiente, las conductas perjudiciales para la sociedad y sólo se deberían aplicar las penas estrictamente necesarias. El fundamento de las penas se halla en su necesidad para evitar la comisión de delitos en el futuro.

La de Beccaría era una concepción utilitaria de la pena⁵⁵, como la de todos los penalistas de las Ilustración, se exige la proporcionalidad de los delitos y las penas, siendo para él más eficaz que la pena dura y cruel, la pena cierta, pronta y proporcionada al delito. Consecuencia del contrato social es también en Beccaria el principio de legalidad de los delitos y de las penas. Siendo el legislador, representante de la sociedad unida por el contrato social, el único que debe establecer los delitos y las penas. Igualmente propone la sustitución de la pena de muerte por una pena perpetua de privación de libertad acompañada de trabajos útiles a la sociedad (esclavitud perpetua). A tales efectos, lo que trató de establecer fue una serie de principios fundamentales para modernizar el sistema penal, criticando al sistema procesal penal de su época para cambiarlo por uno mejor. Así, sustentaba que sólo las leyes pueden fijar la pena de los delitos, que es el legislador y no el magistrado el que tiene competencia para establecer las leyes, las leyes que tipifiquen los delitos deben ser inderogables⁵⁶. Esto da lugar a una serie de principios en los cuales se observa la limitación del *ius puniendi* o poder punitivo del Estado: 1º) principio de racionalidad; 2º) principio de legalidad de los delitos y de las penas; 3º) garantías procesales; 4º) principio de igualdad; 5º) principio de proporcionalidad; 6º) dulcificación de las penas; 7º) los

⁵⁵ Beccaria, al igual que Bentham, sustentó una concepción utilitaria de la pena, esto es, que la pena debe servir para reinsertar al preso en la sociedad y no concebir, exclusivamente, la pena como castigo. Es la tesis mantenida por la mayoría de los penalistas de la Ilustración, el fin de la pena no es otro que el impedir al preso que cause nuevos daños y evitar a los ciudadanos que cometan actos iguales. BENTHAM, J. *Tratados de legislación civil y penal*, Editora Nacional, Madrid, 1981, p. 307; BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, cit. Se habla de *utilidad social*, este utilitarismo es compatible con fórmulas autoritarias o antigarantistas, en este sentido, FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruíz Miguel, J.C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, Trotta, Madrid, 2004, pp. 258 y ss.; LAMARCA, C. "Formación histórica y significado político de la legalidad penal", *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, nº. 2, 1987, pp. 35 y ss.

⁵⁶ BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, Cap. III, p. 73.

finés de la pena, agilización en la administración de justicia y prontitud de la pena, haciendo especial hincapié en la publicidad de los juicios y en la publicidad de las pruebas del delito⁵⁷.

Bentham (1747-1832), en su obra *Panóptico*, propuso un nuevo diseño para la arquitectura carcelaria teniendo como objetivo el control y tratamiento de los reclusos.

Con Panóptico (sistema criticado, con posterioridad por Foucault⁵⁸ al afirmar que Bentham había ideado una diabólica máquina de represión basada en la incertidumbre y creada en la mente del vigilado, que le impedía actuar libremente, pues se sabe de continuo observado y por ello condicionado) se proponía la creación de un establecimiento para guardar a los presos con más seguridad y economía, cuya principal característica estriba en que un solo hombre, ubicado en una torre de "inspección central", podría vigilarlo todo. Bentham al concebir el Derecho como una creación humana, sostenía que debía ser dirigido a generar beneficio y felicidad a la sociedad que la había creado.

Para su buen régimen y funcionamiento, sugiere tres criterios: a) ausencia de sufrimiento corporal; b) severidad (no puede encontrarse el recluso mejor que en un régimen de libertad); y c) economía (evitando gastos innecesarios). Ampliando estos tres criterios: el Panóptico, sería un establecimiento propuesto para guardar los presos con más seguridad y economía, y para trabajar al mismo tiempo en su reforma moral, con medios nuevos de asegurarse de su buena conducta, y de proveer a su subsistencia en la sociedad después de su

⁵⁷ Para Beccaria lo fundamental es que sólo las leyes pueden fijar la pena de los delitos, y que sólo el legislador y no el magistrado tiene competencia para establecer las leyes; las leyes que tipifiquen los delitos han de ser leyes generales, es decir, singularmente inderogables, el fundamento último de la pena es la necesidad de proteger el pacto social; el objeto de los castigos no es otro que el de impedir al reo que vuelva a dañar a la sociedad, y el de retener a sus conciudadanos del deseo de cometer semejantes delitos por lo que es necesario buscar castigos que tengan una proporcionalidad con los delitos, que produzcan una impresión superior en el ánimo de los hombres y, al mismo tiempo, supongan un menor tormento para el reo, pp. 73 y ss.

⁵⁸FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, cit., p. 204.

cumplimiento de condena. Para él, reinsertar al delincuente en la sociedad era un fin que la justicia debe perseguir y, durante su estancia en prisión, el preso debía adquirir preparación para su posterior subsistencia, ya que ésta sería la mejor garantía de buena conducta y recuperación.

En definitiva, Bentham⁵⁹ sostenía que únicamente el castigo servía para reconducir las conductas, aunque dicho castigo debía ser el menos lesivo de los útiles. Proponía unas ideas básicas que las podemos resumir de la siguiente manera: distribución de los presos en los distintos pabellones considerando su sexo, clase social e incluso compañía, procurar una adecuada higiene a los presos, ocupar el tiempo de los presos con trabajo, utilización de castigos disciplinarios, sólo como excepción, procurar reformar a los presos, para que al salir a la sociedad este hecho no constituyera un problema ni para el preso ni para la sociedad. Su diseño arquitectónico fue pionero, pero fracasó en su país (Gran Bretaña), y en Europa. Sin embargo, en Estados Unidos algunas penitenciarías siguieron su ejemplo, dando lugar a tres regímenes carcelarios influidos de manera más o menos directa, el *filadélfico* o *pensilvánico*, el *auburniano* o de la regla del silencio y el *reformatorio* o progresivo⁶⁰.

El *filadélfico*, también llamado pensilvánico o celular, se basaba en la no violencia y pretendía evitar los vicios que dominaban la vida de las prisiones inglesas. Pretendía el aislamiento total del preso, para evitar la contaminación y la orientación penitencial religiosa (sólo permitía la lectura de la Biblia). El preso pasaba día y noche encerrado en su celda, sin visitas ni trabajo, ya que la finalidad que se intentaba obtener era el recogimiento y arrepentimiento del recluso y un trabajo podía distraerle. Introducía nuevos criterios como la separación entre reclusos y la necesidad de mantener unas condiciones mínimas de higiene dentro del establecimiento. Fue objeto de críticas porque producía un elevado número de suicidios y locura, se perdían los hábitos sociales y era costoso debido al alto número de hora que se permanecía en la celda. Los

⁵⁹ BENTHAM, J., *An Introduction of Moral Principles of Morals Legislations*, Londres, 1982, p. 164.

⁶⁰ Para ampliar conocimientos sobre los sistemas, entre otros, CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I., *La prisión en España. Una perspectiva criminológica*, Comares, Granada, 2007, p. 87.; GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual de Ciencia Penitenciaria*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1983, p. 133.

efectos destructivos del aislamiento absoluto sobre la salud psíquica de los condenados no tardaron en hacerse evidentes, y así se habló de la “locura penitenciaria” para describir el resultado del sistema. Ferri calificó este sistema celular como “una de las aberraciones del siglo XIX”, siendo prontamente sustituido por el Auburn.

El sistema *Auburn* surgió en la ciudad de Nueva York, también conocido como *Silent System*⁶¹. En el año 1818, una prisión que fue pensada inicialmente para un régimen de tipo filadélfico dio lugar a un régimen diferente, cuyas notas esenciales eran el mantenimiento de un sistema celular nocturno, pero combinado con la vida en común y trabajo durante el día bajo la regla del silencio absoluto, junto a la aplicación de una disciplina severa (con castigos corporales frecuentes). Este silencio evitaba fugas, motines y “contactos diferenciales”. Su crítica se fundamenta en el deterioro de la personalidad y en la desocialización.

El sistema *progresivo* consistía en el modelo que se fue forjando en Europa durante la primera mitad del siglo XIX, que obedecía a la preocupación por adoptar un mayor dinamismo y orientación hacia una finalidad reformadora o correctiva. La idea básica consistía en la división del periodo total del cumplimiento de la condena en diferentes periodos o fases, de manera que la superación de las mismas suponía un mayor acercamiento a la libertad. Las etapas iban desde el aislamiento celular del interno hasta la libertad condicional, y la progresión no se hacía de manera automática sino a medida que el reo evolucionaba favorablemente en su conducta, así como en su rendimiento en el trabajo. Una de las claves del éxito era este incentivo al recluso para su adaptación al nuevo medio. El desarrollo de esta idea ha dado como resultado el sistema que ha pasado a ser la práctica penitenciaria habitual durante la mayor parte de los siglos XIX y XX, pudiendo destacarse como ejemplos los siguientes: el sistema inglés de Maconochie⁶², el alemán de Obermayer⁶³, el irlandés de Walter Crofton⁶⁴ y el español de Montesinos⁶⁵.

⁶¹ Un claro ejemplo de este sistema lo constituye la prisión de Sing-Sing Correctional Facility, Ossining, Nueva York, abierta en 1828.

⁶² Su autor estaba en contra de las condenas temporales considerando que son la raíz de casi toda la desmoralización que existe en prisión en el sentido de que rehúye de casi todo porque no le interesa nada. Pensaba que los males se remediarían introduciendo

El nombramiento en 1835 del Coronel Manuel Montesinos, como director de la prisión de Valencia, supuso un paso muy importante en el sentido de la resocialización de los delincuentes. Montesinos implantó un sistema correccional basado en: 1) Estaba bien conservar separados entre sí a los buenos de los malos (refiriéndose a la conducta); 2) no alterar jamás la disciplina; 3) ocupación continua sujeta a toda clase de deberes; 4) constante vigilancia de los penados, y 5) los premios y castigos distribuidos equitativamente en función de la conducta⁶⁶. Su sistema estaba inspirado en una ideología reformadora y humanista, se centraba en el delito, pero también en la persona e, incluso, con mayor énfasis en la persona que en el delito.

A mayor abundamiento, C. Arenal⁶⁷ impulsó fuertemente la humanización de las cárceles. Fue visitadora de prisiones de mujeres desde 1863 en A Coruña

el sistema de redención por el trabajo, se inclinaba por la idea de rehabilitación de los delincuentes más allá de la condena considerada por él como algo estéril. De entre sus medidas se encontraba la condena indefinida, la educación como base para la reintegración del delincuente en la sociedad, la separación y clasificación de los penados, permisos de salida para llevar a cabo trabajos ocupacionales fuera de la prisión, etc. Este sistema, en su tiempo, provocó numerosas críticas.

⁶³ Obermayer fue director de la prisión de Munich desde 1842, tal sistema, a través de la ley de silencio obligatorio, se componía de etapas, una primera consistente en la vida en común de los reclusos en la que se observaba la personalidad; una segunda en la que los reclusos eran agrupados de forma homogénea para trabajos y a través del trabajo y de la conducta pasaban a la tercera etapa consistente en la libertad anticipada.

⁶⁴ Sistema creado por Sir Walter Crofton caracterizado por ser un programa de asistencia al reo para reintegrarlo en la sociedad mediante los pasos tradicionales de otros sistemas progresivos, que consisten desde una rigurosa prisión, y el trabajo en común hasta la libertad condicional.

⁶⁵ Este sistema fue adoptado en España por el RD de 23 de diciembre de 1889 y el RD de 3 de junio de 1901.

⁶⁶ Cuando uno ingresaba en prisión se le sometía a una observación rigurosa para estudiar en él sus vicios, instintos, cultura, estado moral y religioso, etc., en base a la tesis de que "a la puerta del establecimiento quedaba el delito, su misión era corregir al hombre".

⁶⁷ Para un amplio conocimiento de su labor, entre otros, ARENAL, C., *El reo, el pueblo, y el verdugo*, III bloque, "Inconvenientes para el ejecutor", Madrid, 1867; del mismo, *El visitador del preso*, Asociación de colaboradores con las presas (ACOPE),

y, en 1868, fue nombrada inspectora de casas de corrección de mujeres hasta 1873. Se dedicó a la reforma de las cárceles españolas bajo el criterio de que las sociedades están obligadas a recuperar al delincuente, es decir, la reinserción social. Así, estableció permisos para los presos, cerró 114 centros penitenciarios por estar en malas condiciones, creó la cárcel de mujeres de Las Ventas y eliminó el uso de los grilletes. Su labor fue, sin duda, de gran importancia para la evolución del régimen penitenciario en España.

En la misma época, la escuela italiana se caracteriza porque otorgaba mayor importancia a las medidas preventivas del delito que a las destinadas a reprimirlo. Aseguraban que los individuos se ven determinados por fuerzas que operan al margen de su control, por lo que no podían ser responsables por entero de sus crímenes. En este sentido, impulsaron el control de la natalidad, la censura de la pornografía y otras iniciativas orientadas a mitigar los factores que, a su entender, empujaban a la actividad delictiva.

Poco después de la muerte de Rousseau los derechos del hombre y del ciudadano comenzaron a aparecer en algunas Constituciones, en la de Estados Unidos de 1776 y en la francesa de 1789. En esta época es cuando se inicia la lucha por entender en qué debe consistir la pena, por ejemplo, Kant consideró que la pena es un imperativo categórico que no puede servir como medio para conseguir otros bienes del individuo o de la sociedad. No se debe imponer la pena al delincuente para lograr algún provecho para él mismo o el resto de los ciudadanos, sino porque se le considera digno de castigo; porque el hombre no puede ser tratado como un medio para los fines de otros, ni confundido con un mero objeto del Derecho real. Admitió la Ley del Tali3n porque con ello se puede establecer con seguridad la cualidad y cantidad del castigo.

Distinta fue la corriente de Hegel que se apart3 de la Ley del Tali3n, considerando que la pena supone reconocer la libertad racional y, en funci3n de ello, la racionalidad de delincuente, honr3ndose al criminal como ser racional. Hegel concibe al delito como la negaci3n del derecho y la pena, como “la vulneraci3n afecta al delincuente no es s3lo justa en s3, sino que tambi3n es un derecho impuesto en el delincuente mismo, esto es, en su voluntad

existente, en su acción”⁶⁸. En conjunto, en las obras de todos estos pensadores del siglo XVIII se mostró una honda preocupación por el Estado y organización de las prisiones. Pero sería, el Código Penal español de 1944, en su artículo 84, el que se referiría al sistema progresivo, siendo desarrollado en el Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1956 que los dividía en régimen cerrado, régimen ordinario, régimen abierto y libertad condicional. Por estos regímenes de clasificación debían pasar todos los penados para poder alcanzar la libertad condicional. Posteriormente, se modificó por el Decreto 162/1968, de 25 de enero, al permitir la posibilidad de la clasificación directa en segundo grado sin pasar por el primero, y el Real Decreto 2273/1977, del Ministerio de Justicia de 29 de julio, (RD), reafirmó esta nueva línea de flexibilidad, mas ambos textos seguían haciendo referencia al sistema progresivo del art. 84 del Código Penal (CP). El sistema que ha estado vigente hasta que se derogó el 24 de mayo de 1996 el Código Penal de 1973, cuyo artículo 84 establecía “Las penas [...] se cumplirán según el sistema progresivo”⁶⁹.

Esta evolución de los sistemas penitenciarios se manifestó, en especial, en la concepción de la ejecución de la pena privativa de libertad, y la pena de prisión, entendida en los términos actuales (como internamiento de un sujeto en un Centro penitenciario por un tiempo determinado, es decir, hasta el cumplimiento de la condena), no se consolidaría hasta el siglo XVIII. Hasta entonces, a lo largo de la historia se había reservado a la prisión funciones distintas, en particular, la de servir de custodia de quienes esperaban a ser juzgados (la actual prisión preventiva), o de los ya sentenciados hasta que fuera ejecutada la pena de muerte o sufriesen la pena corporal que había sido impuesta, o hasta que pagara una pena pecuniaria, pero rara vez se imponía la cárcel como pena en sí.

Durante la mayor parte de la historia las penas habían privado de bienes, como la vida, la integridad física, el honor o el patrimonio, pero no de la

⁶⁸ HEGEL, G., *Filosofía del Derecho*, Dirección General de Publicaciones, México, 1975, p. 108; un amplio estudio, PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., y otros, *Historia de los derechos fundamentales*, t. II, Siglo XVIII, vol. II, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2001, p. 472.

⁶⁹ LEGANÉS GÓMEZ, S., *Clasificación Penitenciaria, permisos de salida y extranjeros en prisión*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 19.

libertad en sí, en la actualidad, la privación de libertad supone, además, privaciones de otros derechos fundamentales. Cuando se privaba de este último bien, es decir, de la libertad, se hacía casi siempre como medio necesario para obtener otro fin. Según Beccaria “la prisión no se consideraba generalmente como una pena, lo que no quiere decir que no fuera éste un uso frecuente. Las prisiones eran abundantes o en ellas se hacían los acusados pendientes de juicio, los deudores insolventes, los locos, los condenados que esperaban la ejecución de sus sentencias, etc.”⁷⁰.

Las severas críticas de la Ilustración hacia el Antiguo Régimen conllevaron a la progresiva sustitución de las penas corporales y de muerte por la pena de prisión. Presentándose como contrarias a la dignidad del hombre, base del derecho a la libertad. El pensamiento ilustrado concibió la pena de privación de libertad como la forma más racional de ajustarse a las necesidades de un sistema penal más humano, enraizado en la proporcionalidad entre delito y pena, y en la duración diversa y escalonada de la misma, el principio de proporcionalidad que viene expresado con la premisa latina *poena debet commensurari delicto*, es un corolario de los principios de legalidad y de retributividad, que tiene en éstos su fundamento lógico y axiológico⁷¹. En este sentido, Beccaria⁷² afirmaba que “deberá haber una escala correspondiente de penas en que se gradúen de la mayor hasta la menos dura”, pero las críticas de Bentham⁷³ se hicieron notar ya que afirmaba “esta máxima excelente sin duda, pero contenida en términos generales, es más edificante que instructiva”, es decir, que no ofrecía ningún criterio objetivo de ponderación. Por su parte, fueron rechazadas por Carrara, caracterizando de “nebulosa” la idea aritmética de la proporcionalidad de la pena y de la “estimación” del delito. No obstante, quién más desarrolló las críticas en torno a la proporcionalidad fue Bovio quién trataba de demostrar

⁷⁰ BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, cit., pp. 80 y ss.

⁷¹ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 398.

⁷² BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, cit., p. 36. De la misma opinión era MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las leyes*, cit., pp. 110-111; BENTHAM, J., *Teoría de las penas*, cit., pp. 26 y ss.

⁷³ BENTHAM, J., *Teoría de las penas y de las recompensas*, cit., t. I, Libro I, Cap. V, p. 26.

analíticamente el carácter ilusorio de todo cálculo dirigido a establecer una proporción entre la entidad de la pena y la entidad del delito⁷⁴.

Es de este siglo, la creación de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, distinguiéndose los derechos del hombre⁷⁵ y los derechos del ciudadano, es decir, los que le pertenecen atendiendo al *status naturalis* y al *status civitatis*.

1.2.5. Siglo XIX

Todos los escritos de Bentham, Beccaria y Howard, entre otros, sobre un sistema penitenciario más humanista ajustado a la dignidad humana durante el siglo XVIII sirvieron como base para la gran reforma, revolucionaria, en toda Europa en el siglo

XIX. Los tres sistemas penitenciarios, *filadélfico o pensilvoánico, auburniano y de reformatorio* son el referente histórico inmediato de dicha reforma europea. A lo largo del siglo XIX casi todos los países de Europa adoptaron el sistema filadélfico, con mayores o menores variaciones, y construyeron prisiones a imagen de las norteamericanas. Así, Inglaterra en 1835, Bélgica en 1838, Suecia en 1840, Dinamarca en 1846, Noruega y Holanda en 1851, y Rusia en 1852. La implantación de la pena de prisión a partir del siglo XIX como principal medio punitivo del Derecho penal llevó a una constante degradación de las Instituciones penitenciarias. Esta época se caracterizó por tratar de establecer la proporcionalidad entre delitos y penas, las garantías procesales, la independencia judicial, la reducción de la pena de muerte, la supresión del tormento y de las penas corporales y la consagración de la pena de prisión como sanción básica de todos los sistemas penales. Son numerosas las corrientes ideológicas que tratan de establecer que la prisión tenga como finalidad principal la corrección del delincuente⁷⁶. Las prisiones se convirtieron en medios,

⁷⁴ BOVIO, G., *Saggio critico del diritto penale*, Sonzogno, Milán, 1912, pp. 21-41; un breve estudio del mencionado tema se encarga FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit. p. 451, nota 154.

⁷⁵ Esta mención de *derechos del hombre* y no de *derechos naturales* que era la que indicaba Rousseau, se debe a Thomas Paine.

⁷⁶ Entre ellas destaca la Masonería, el Krausismo o la Filantropía Romántica.

fundamentalmente, intimidatorios, además, no debe olvidarse que, suprimidas las penas corporales y reducido el alcance de la pena de muerte, las cárceles debían heredar la anterior función intimidativa que tenían. Con ello se pretendía un progreso, pero el estado de pobreza y de miseria que acompañó al primer proletariado industrial condujo a aumentar la dureza del nuevo sistema de control penal. Este siglo se caracteriza por la progresividad de la legislación penitenciaria.

Criminalistas de este siglo consideraron que el delito tenía como fuente las necesidades de la pobreza, llegaron a la conclusión de que quienes no disponían de bienes suficientes para satisfacer sus necesidades y las de sus familias se veían empujados con frecuencia al robo, al hurto, a la prostitución y a otros muchos delitos. A título ilustrativo, la criminalidad tendió a aumentar de forma espectacular en periodos de desempleo. Los criminalistas tienen una visión más amplia y profunda del problema y culpan de la mayoría de los delitos a todas las condiciones de necesidad y carencia asociadas con la podredumbre, las condiciones vitales de quienes se hallan en la miseria, de forma muy especial en los barrios más marginados que se caracterizan por la superpoblación, la falta de trabajo, la ausencia de escolarización, los espacios inadecuados para vivir, dando lugar a problemas de sanidad. Este tipo de condiciones genera necesidades y desesperación que conducen al crimen como salida. Otros pensadores relacionan la criminalidad con el estado general de la cultura, sobre todo por el impacto desencadenado por las crisis económicas, las guerras, las revoluciones y el sentimiento generalizado de inseguridad y desprotección derivados de tales fenómenos. Cuando una sociedad se vuelve más inestable y sus ciudadanos sufren mayor angustia y temor ante el futuro, la criminalidad tiende a aumentar.

En esta época destacaban las cárceles de carácter preventivo, las casas de corrección y los presidios en los que se cumplían las penas aflictivas, dividiéndose en presidios militares, arsenales o navales, y peninsulares o civiles⁷⁷. Es la Constitución de 1812 la que abolió el tormento judicial, las penas corporales y la Inquisición, destacando el art. 297 al dictaminar que “se dispondrán las

⁷⁷Dentro de éstos últimos destaca el de Cádiz de 1802 que impuso el modelo de presidio industrial.

cárceles de manera que sirvan para asegurar y no para molestar a los presos: así el Alcaide tendrá a éstos en buena custodia, y separados los que el juez mande tener sin comunicación, pero nunca en calabozos subterráneos ni mal sanos". No obstante, fueron muchos los países que optaron por implantar el sistema celular⁷⁸.

Como principales declaraciones en el siglo XIX pueden citarse, entre otras, la Constitución francesa de 1848; la Constitución de Cádiz de 1812; la Constitución de la Monarquía Española de 18 de junio de 1837; la Constitución española de 23 de mayo de 1845; la Constitución de la Monarquía Española de 1856; la Constitución de la Nación Española, de 1 de Junio de 1869; el Proyecto de Constitución Federal de la República Española, de 17 de julio de 1873; la Constitución de la Monarquía Española de 1876. Es relevante la Ordenanza General de Presidios del Reino de 14 de abril de 1834, la ley de prisiones de 1849 en la que las cárceles dependerán de la Administración civil y no de la militar. El RD de 10 de mayo de 1902 hace una distinción entre los que cumplen cadena de los que cumplen pena privativa de libertad, el condenado a pena de reclusión, pena de presidio y los menores penados.

Por otro lado, me parece interesante tener en cuenta los distintos Códigos Penales españoles del siglo XIX que han hecho grandes aportaciones al tema que nos ocupa, pero como no es posible hablar de todos y cada uno de ellos puesto que sería demasiado prolijo destaco el Código penal de 1822 el cual se caracterizaba por la inclusión de los siguientes aspectos: 1) Penas de trabajos

⁷⁸ Pese a ello debo citar como inconvenientes de dicho sistema que es contrario a la naturaleza social del ser humano, supone peligro para la integridad física y psíquica, incrementa la tuberculosis y la aparición de la llamada *psicosis de prisión* o *locura penitenciaria* que es el resultado del permanente aislamiento. Este factor fue puesto de manifiesto en el Congreso Penitenciario Internacional de Budapest en 1905 analizándose medidas en las prisiones; el tipo de trabajo teniendo en cuenta la estructura de las instalaciones no podía alcanzar la productividad suficiente ya que el aislamiento impedía el trabajo colectivo y la división de tareas suponía falta de calidad en los productos, por lo que no era posible que con el trabajo de los presos se sufragasen los gastos de la prisión. Se puede concluir que el sistema filadélfico no daba lugar a la readaptación del preso en la sociedad. El Congreso Penal y Penitenciario Internacional de Praga en 1930 fue el que censuró definitivamente dicho sistema, aboliéndose en los distintos países en los años consecutivos.

perpetuos; 2) prisión en fortaleza; 3) arresto correccional; 4) rebaja de las penas por arrepentimiento o enmienda; y 5) indemnización a los procesados inocentes. O el Código penal de 1870, que produjo importantes consecuencias en el mundo penitenciario: la legalización del sistema progresivo de Montesinos, que constaba de cuatro etapas: la primera de aislamiento celular; la segunda de instrucción; la tercera de trabajo en el exterior; y la cuarta de circulación libre. Este Código suprimió las penas perpetuas que deberían ser indultadas a los treinta años de cumplimiento.

A partir de este momento surgirían grandes diferencias entre los Códigos y las disposiciones penitenciarias, así los Códigos establecían una clasificación de las penas de privación de libertad⁷⁹, y las normas penitenciarias determinaban criterios de prevención especial y corrección del reo bajo el principio de individualización de la pena. Destacando en este sentido la Ley de Prisiones de 26 de julio de 1849 que introduce el sistema auburniano y hace depender todas las prisiones civiles del Ministerio de Gobernación, creando los depósitos municipales para los sentenciados a arresto menor y arresto gubernativo; y la Real Orden de 9 de junio de 1847 (RO) que promulga el Reglamento de Casas de Corrección de Mujeres del Reino. Desde el punto de vista doctrinal se impone el correccionalismo.

Por su parte, no hay que olvidar en este siglo, la Ley Penitenciaria de 21 de octubre de 1869, la cual estableció las bases para la reforma de las cárceles y de los presidios, y para el planteamiento de un buen sistema penitenciario siendo derogado en 1878, tal Ley iba dirigida a los depósitos municipales; cárceles de partido; cárceles de Audiencia; presidios y casas de corrección; y colonias penitenciarias. El servicio de Prisiones quedó finalmente atribuido al Ministerio de Justicia por Ley de 29 de junio de 1887, y, en 1881, se crearía el Cuerpo de funcionarios de prisiones⁸⁰ como Cuerpo de la Administración Civil del

⁷⁹ La clasificación quedaba resumida en lo siguiente: cadena perpetua y temporal, reclusión perpetua y temporal, relegación perpetua y temporal, presidio mayor, menor y correccional, presión mayor, menor y correccional, arresto mayor y menor. Basado todo ello en el principio de proporcionalidad y retribución. BUENO ARÚS, F., *Lecciones de Derecho Penitenciario: en ponencias presentadas a la I Jornadas de Derecho Penitenciario*, cit., p. 21

⁸⁰ Concretamente el RD de 23 de junio de 1881.

Estado. La RO de 23 de febrero de 1885 y el RD de 29 de abril de 1886 establecieron como principios básicos para reformar al recluso: la instrucción, la educación, la asistencia religiosa, el trabajo y la asistencia social y tutelar a los reos, liberados y familiares.

Durante el último periodo del siglo XIX, comenzó a abrirse paso la idea de crear un Derecho dirigido al tratamiento de los reclusos. De este modo, se consolidaron los principios de resocialización y reeducación como sustentadores de la pena de prisión, principios que se defienden hoy día. Ya desde la segunda mitad del siglo XIX surgió en Norteamérica un movimiento penitenciario preocupado por la reforma de los delincuentes jóvenes, empezando a funcionar el primer Centro penitenciario de tipo “reformatorio” el año 1876, en Elmira, aplicándose por vez primera en la prisión de Elvira (Nueva York), bajo la dirección de Brockway⁸¹. Posteriormente, después de la Segunda Guerra Mundial, nacería una lenta evolución que dio lugar a una transformación profunda de los sistemas penitenciarios contemporáneos, correspondiéndose con la influencia de nuevas aportaciones teóricas.

A finales del siglo XIX el penalista y criminólogo alemán Von Liszt⁸², defensor de la función preventiva especial de la pena de prisión, indicó que la

⁸¹ Las condiciones de acceso al centro eran: necesariamente tenía que ser personas entre los 16 y 30 años, existencia de una sentencia indeterminada, con un mínimo y un máximo que permitía concretar el tiempo efectivo del internamiento de acuerdo con la evolución de cada sujeto. El sistema de Elmira supuso el antecedente práctico de los ideales de rehabilitación y resocialización del condenado mediante tratamiento.

⁸² VON LISZT, F., “Der Zweckgedanke im Strafrecht (la idea del fin en el Derecho penal)”, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. I, Berlin, 1905, pp. 126 y ss.; MUÑOZ CONDE, F., “Excurso: incapacitación: la pena de prisión como simple aseguramiento o inocuización del condenado”, en DE LEÓN VILLALVA, F.J., (coord.), *Derecho y prisiones hoy*, Estudios, nº. 93, Cuenca, 2003, pp. 13 y ss. “Había una gran preocupación por el asocial y el delincuente habitual considerados como los “diferentes”, molestos socialmente, no susceptibles de mejora o corrección, a los que había que controlar, eliminar o, por lo menos, “inocuizar” durante el resto de sus días; de resocialización no se hablaba. Von Liszt indicaba que contra esos sujetos “la pena se cumplirá en comunidad en establecimientos especiales (casas de trabajo o de disciplina), en régimen de esclavitud penal, [...], con trabajos forzados y con el máximo aprovechamiento posible de dichos trabajos; como sanción disciplinaria apenas podrá prescindirse de la

misma tenía tres funciones: a) corrección de los delincuentes que necesiten corrección y sean capaces de ella; b) simple intimidación de los que no precisen de esa corrección, y c) inocuización de los delincuentes no susceptibles de corrección.

1.2.6. Siglo XX

A partir de este siglo los derechos humanos se han convertido en el referente más importante en la vida tanto jurídica como política, plasmándose en todo texto, nacional e internacional. Son numerosas las Leyes⁸³ y Reglamentos, como muestra de que la lucha constante por mejorar el sistema penitenciario nunca tendrá fin⁸⁴. El primer centro penitenciario de importancia

pena de azotes [...], y, por supuesto, para señalar el carácter deshonoroso de la pena habría que privarles sin condiciones de forma obligatoria y permanente de sus derechos civiles honoríficos [...].”

⁸³ En este siglo destaca la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948; la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en Bogotá en 1948; la Convención Europea de Derechos Humanos firmada en Roma en 1950 y la Carta Social Europea, en Turín en 1961; la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Convención de San José de Costa Rica, aprobada el 22 de noviembre de 1969; los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas; la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos, de 1981; el Acta Única Europea; el Proyecto de Tratado de Unión Europea y el Tratado de Unión Europea; la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 9 de diciembre de 1989; La doctrina pontificia recogida en las Encíclicas también recoge derechos humanos, las Encíclicas del Papa Juan XXIII, como la *Pacem in Terris*, de 1963, la doctrina recogida en el Concilio Vaticano II (1965): Constitución *Gaudium et Spes*, etc. Las Encíclicas del Papa Pablo VI, siendo especialmente importantes las Encíclicas *Populorum Progressio* (1966) y *Humanae Vitae* (1968). Del Papa Juan Pablo II, entre otras, la Encíclica *Familiaris Consortio*.

⁸⁴ RD de 12 de marzo de 1903 crea la Guardia penitenciaria; RD de 12 de marzo de 1903 crea la Escuela de criminología en la Prisión Celular de Madrid; RD de 5 de mayo 1913; RD de 12 de abril de 1915: regulación del procedimiento gubernativo en el Cuerpo de Prisiones; RO de 13 de abril de 1918 sobre uso de uniforme y armamento para los funcionarios del Cuerpo de Prisiones; RO de 9 de julio de 1919: Reforma de la Instrucción para uso de uniforme y armamento; RD de 17 de diciembre de 1926: creación de la guardia penitenciaria y de refundición de los funcionarios de la Sección

que se construye en el siglo XX es la cárcel Modelo de Barcelona, inaugurada en 1904⁸⁵. Éste siguió siendo un periodo progresista, surgirían las inspecciones de prisiones, las estadísticas, el derecho de comunicación con familiares, el derecho de formación de los funcionarios de prisiones cuando antes eran un simple carcelero, aparece el RD de 5 de mayo de 1913 promulgando el primer código penitenciario español, junto con la Ley de Libertad Condicional de 1914, empieza a hablarse de derechos del recluso. Surge en 1956 el Reglamento de Prisiones, reformado en 1968 y 1977 hasta la actual Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979.

El Reglamento de prisiones franquistas, de 1956, hablaba de que las cárceles “se organizarán sobre la base de un régimen de disciplina, que será mantenido por un adecuado sistema de recompensas y castigos; de un régimen intenso de instrucción y educación y de asistencia espiritual; de una organización eficaz del trabajo y de una cuidadosa higiene física y moral”. En este siglo, se aprecia la importancia de los escritos de psicólogos y psiquiatras. Así, estudios realizados por el criminólogo americano Bernard Glueck y el psiquiatra británico William Healy han señalado que cerca de una cuarta parte de la población

auxiliar del Cuerpo de Prisiones en una sola clase de Oficiales de tres categorías; Orden 13 de mayo de 1931: retirada de grillos, caderas, etc.; Decreto de 23 de octubre de 1931: creación del Personal femenino de Prisiones; Orden circular de 26 de julio de 1933: se suprime la impresión dactilar en los expedientes de los reclusos militares; Reglamento de 1948 aprobado por Decreto de 5 de marzo de 1948; Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente celebrado en Ginebra en 1955 aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones de 31 de julio de 1957 y 13 de mayo de 1977; Reglamento de 1956 aprobado por Decreto de 2 de Febrero de 1956; Decreto 2705/1964 sobre régimen y funcionamiento de Trabajos Penitenciarios; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 23 de marzo de 1976; LOGP de 26 de septiembre de 1979; RD 1201/1981 de 8 de mayo; OM de 26 de octubre de 1983 sobre Reglamento de la Escuela de Estudios Penitenciarios; RD 190/1996 de 9 de febrero; Orden de 10 de febrero de 2000 sobre normas de organización y funcionamiento del Centro de Estudios Penitenciarios; RD 782/2001 de 6 de julio, relación laboral de carácter especial de los penados en talleres penitenciarios.

⁸⁵ A esta cárcel se le atribuye el tener una planta en forma de multibrazos, tipo seguido por muchas prisiones de la época, como es el caso de las prisiones de Jaén, Oviedo o A Coruña.

reclusa está compuesta por psicóticos, neuróticos o personas inestables en el plano emocional, y otra cuarta parte padece deficiencias mentales. Estas condiciones mentales y emocionales, de acuerdo con estas teorías, determinan que algunas personas tengan una mayor propensión a cometer delitos. Diversos estudios recientes sobre criminales y delincuentes han arrojado más luz sobre los desequilibrios psicológicos que pueden conducir a un comportamiento criminal⁸⁶.

Hoy se han abandonado las tesis que apelaban como causas de los delitos a una única causa, de manera que se tiende al convencimiento de que se trata de teorías con causas múltiples, es decir, que el delito surge como consecuencia de un conjunto plural de conflictivas y convergentes influencias biológicas, psicológicas, culturales, económicas y políticas. En último extremo, siguen sin estar claras las causas de comisión de los tipos delictivos, porque la interrelación de los factores en presencia en cada caso es difícil de determinar⁸⁷. En España, es la Orden Ministerial (OM) de 7 de octubre de 1938 la que instituye la redención de penas por el trabajo, aplicándose a los presos por delitos no comunes y a los prisioneros de guerra y generalizándose para todos los reclusos en el Código de 1944. Sería en esta época en la que empezarían a tener importancia los Congresos Internacionales, en los cuales se trataba de fomentar las normas y principios necesarios para un adecuado funcionamiento del Derecho Penitenciario. Concretamente en el *IV Congreso Internacional de Derecho Penal*, celebrado en París en 1937, ya se ponía de manifiesto que “el principio de legalidad, base del Derecho Penitenciario, como

⁸⁶ Por lo que se refiere al ámbito penitenciario también destacan el RD de 20 de noviembre de 1911 que establece penas de trabajo al aire libre durante el último periodo de la condena; el RD de 5 de mayo de 1913; la Ley de Libertad Condicional de 23 de julio de 1914; la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 2 de agosto de 1918 y los Reglamentos de los Servicios de Prisiones de 24 de diciembre de 1928 y de 14 de noviembre de 1930. Con Victoria Kent al frente de la Dirección General de Prisiones desaparecen los hierros y grilletes, aparece la libertad de cultos y comunicaciones, los establecimientos hospitalarios, los permisos de salida, las visitas íntimas, la libertad condicional de los septuagenarios, la creación del Cuerpo Femenino de Prisiones y el Instituto de Estudio Penales.

⁸⁷ Para ver la evolución del sistema penitenciario español, GARCÍA VALDÉS, C., “Derecho Penitenciario español: notas sistemáticas”, en BUENO ARÚS, F. y otros, *Lecciones de Derecho Penitenciario*, Europa Artes Gráficas, Salamanca, 1989.

lo es del Derecho penal, así como la garantía de la libertad individual, exigen la intervención del juez en la ejecución de las penas y medidas de seguridad”⁸⁸.

Por OM de 22 de septiembre de 1967 se creó la Central de Observación Penitenciaria, y la reforma del Reglamento de 1956 modificó el sistema progresivo introduciendo una mayor flexibilidad, al igual que la adaptación a un tratamiento penitenciario científico, lo que requirió una incorporación de especialistas creándose el Cuerpo Técnico de Instituciones Penitenciarias por Ley de 22 de diciembre de 1970. En 1964, por un Decreto del 27 de julio, se reorganizó el organismo *Trabajos Penitenciarios* para potenciar la actividad laboral de los reclusos, tratándose los temas de los salarios y de la Seguridad Social; posteriormente, en 1977, por Decreto, se trató los temas sobre derechos y garantías de los reclusos, los permisos de salida, las visitas íntimas y la supresión de las celdas de castigos, entre otros. La mayor parte de estas reformas fracasaron debido a la insuficiencia de los medios materiales, económicos, personales y, sobre todo, por la actitud de los presos caracterizada por una total rebeldía. Llegamos así a la Constitución de 1978 y la LOGP así como su Reglamento, no sin antes pasar por las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los reclusos. En efecto, es necesario mencionar en esta época las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los reclusos, un gran avance en la historia de la cárcel ya que tratan las características esenciales de la vida cotidiana en la prisión tratando de fijar un umbral mínimo que debe ser cumplido por los Estados en los Centros penitenciarios. Las Reglas Mínimas están complementadas por los

⁸⁸ En idéntico sentido, la Regla 56.2 de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos mediante la Resolución 73 (5) de 19 de enero de 1973 del Consejo de Europa señala que “el respeto a los derechos individuales de los reclusos, en particular la legalidad en la ejecución de las penas, deberá estar asegurada por el control ejercido conforme a la reglamentación nacional por una autoridad judicial, o cualquier otra autoridad habilitada para visitar a los reclusos y no perteneciente a la administración penitenciaria”. Es uno de los documentos primeros en reflejar derechos y deberes de los reclusos. A partir de aquí, se fueron celebrando numerosos Convenios internacionales sobre materia penitenciaria, caracterizados todos ellos por tratar de poner de manifiesto la necesidad de establecer un régimen carcelario acorde con los derechos humanos. Lo que supuso un gran paso en el reconocimiento de los derechos de los presos, acondicionándose edificios para el cumplimiento de las penas privativas de libertad, y garantizándose unos derechos y principios específicos.

Principios Básicos para el tratamiento de los reclusos, adoptados y proclamados por la Asamblea General en resolución 45/111, de 14 de diciembre de 1990. Debemos destacar que estos principios están inspirados en la idea de reinserir al recluso a la sociedad en las mejores condiciones posibles, por ello hacen hincapié en la dignidad humana de los reclusos; y en principios como el de no discriminación, respeto de creencias religiosas, etc.

La *Recomendación n. (87)3* del Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa sobre Reglas Penitenciarias Europeas (RPE) concretaron y desarrollaron aspectos en los que las “reglas mínimas” se habían mantenido en un ámbito de declaraciones más genéricas, hecho que no debe extrañar debido a la mayor afinidad cultural y política de los Estados a los que se dirigía la *Recomendación*. En los principios fundamentales se hacía referencia a la “legalidad en la ejecución de las penas” y al control ejercido “por la autoridad judicial o cualquier otra autoridad legalmente habilitada para visitar a los internos y que no pertenezca a la Administración penitenciaria”. En materia de relaciones con el mundo exterior, se recomendaba la adopción de un sistema de permisos penitenciarios compatibles con los objetivos del tratamiento.

A su vez, contemplaba la aplicación de cualquier tratamiento médico, quirúrgico y psiquiátrico que se creyera necesario para tratar todas las deficiencias o enfermedades físicas o mentales que constituyeran un obstáculo para la readaptación del recluso. Hacía referencia a la administración general de los centros penitenciarios siendo aplicable a todo tipo de reclusos, estableciendo como principio general la no discriminación por razón de sexo, raza, color, lengua, religión, opinión, origen nacional o social, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación (regla 6.1). Y determinaba criterios de separación de categorías, reglas sobre higiene, alimentación, ejercicios físicos, contactos con el mundo exterior, religión, biblioteca, trabajo, instrucción y recreo, espacio reservado a los reclusos y medios coactivos, etc. Algunas de estas normas supusieron una importantísima modificación de la fisonomía tradicional de la prisión, como la prohibición de que la ropa del interno tuviera carácter humillante o degradante, o el hacer uso de cadenas y grilletes como medio de coerción. Similarmente, supusieron un paso importante en la humanización de las prisiones y en la incorporación de garantías jurídicas al ámbito penitenciario. También recoge la prohibición de sancionar dos veces la misma infracción y de

imponer sanciones corporales, crueles, inhumanas o degradantes, previendo la sumisión del aislamiento a control médico.

Finalmente, en la Constitución de 1978, es el artículo 25.2 el que únicamente hace referencia al sistema penitenciario, que dice: “Las penas privativas de libertad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de la persona, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad”. Artículo al que nos referiremos y desarrollaremos más adelante⁸⁹.

La aprobación de la Ley General Penitenciaria reguladora de la ejecución de las penas y medidas penales privativas de libertad, en su Exposición de Motivos califica la prisión como un mal necesario. El análisis de la cárcel ha demostrado que existen efectos negativos que la prisión conlleva de entre el que no es el menor, por citar el más conocido y estudiado por los especialistas norteamericanos, el denominado fenómeno de la “prisionización”⁹⁰. De ahí que la pena privativa de libertad se considere, por un sector de la doctrina científica, un mal y se pretendan unos sustitutivos penales como la semilibertad, los arrestos de fin de semana, el trabajo de utilidad social o los días-multa, actualmente establecidos en el Código Penal⁹¹. La Exposición de Motivos de la LOGP explica también la necesidad de dictar una LGP “al no constituir el

⁸⁹ ATC 142/2000, de 12 de junio, Fj. 2 y la STC 7/2004, de 9 de febrero, Fj. 2.

⁹⁰ El tema de la prisionización será objeto de análisis en Capítulos posteriores, adelantar que fue un término propuesto por Clemmer y ampliamente estudiado y perfeccionado por sus seguidores, significando el grado en el cual una persona al ingresar a la prisión asume los roles, costumbres y valores que son propios de ésta. Entre otros, FREDDY, A. y CRESPO, P., “Construcción y validación de la escala para medir prisionización: caso Venezuela: Mérida, 2006”, *Revista de las disciplinas del Control Social*, Capítulo criminológico, vol. 35, nº. 3, 2007, pp.375-407.

⁹¹ Al respecto, FERNÁNDEZ MUÑOZ, D. E., *La pena de prisión, propuestas para sustituirla o abolirla*, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1993.

Código penal ni la Ley de Enjuiciamiento Criminal lugares adecuados para una regulación de la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad, y al no revestir las normas reglamentarias la fijeza que demanda la consagración positiva de los derechos y deberes fundamentales de los internos". En este sentido, García Valdés sostiene que el régimen y la acción penitenciaria deben asegurar el respeto de los derechos fundamentales del hombre⁹². A través de los derechos fundamentales las personas podrán controlar libremente su comportamiento, decidir por su propia elección y con un consentimiento libre, con conocimiento de las circunstancias relevantes, sin que existan obstáculos, por necesidades básicas no satisfechas, para su acción y para la comprensión y conocimiento de esas circunstancias relevantes, y con mecanismos que hagan posible la participación en la formación de los criterios de organización del Derecho y de los mismos derechos fundamentales⁹³.

No obstante, pese a que en los textos se hable de reeducación y reinserción de los presos, no se llega a tal fin, comenzando, por tanto, las diferentes teorías en torno a cuál es verdaderamente el fin de la prisión, a lo que se añade la generalización de la idea de que, en lugar de resocializar, se produce una paulatina desocialización del delincuente. Por este motivo, muchos ordenamientos jurídicos han comenzado a introducir en los últimos años cambios en el sistema de sanciones, estableciendo alternativas a la ejecución de las penas privativas de libertad. Una de estas alternativas son los trabajos en beneficio de la comunidad, los arrestos de fin de semana, las multas, etc., cuyo origen está no sólo en garantizar una reinserción de los presos sino que la mayoría de estas alternativas se buscan por el hacinamiento y la superpoblación en las cárceles.

⁹² GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la Legislación Penitenciaria*, Cívitas, Madrid, 1982, 241; del mismo, "Diez años de reforma penitenciaria en España: una recopilación", *Derecho Penitenciario (1982-1989)*, Madrid, 1989; ALBACAR LÓPEZ, J.L., *La protección de los Derechos fundamentales en la nueva Constitución española*, IV Conferencia de Tribunales Constitucionales, Panorama 80, Serie Discursos, Viena, 1978, p. 26; RIVERA BEIRAS, I., "La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos", en RIVERA BEIRAS, I., (coord.), *Tratamiento Penitenciario y Derechos Fundamentales*, Jornadas Penitenciarias organizadas por la Associació Catalana de Juristes Demócrates, Primera Ponencia "Sistema penal y penitenciario y derechos fundamentales de los reclusos", Bosch, Barcelona, 1994.

⁹³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Lecciones de Derechos fundamentales*, cit., p. 138.

Esta tendencia se ha ido generalizando en el Continente europeo, y ha sido incluida poco a poco en muchos de los ordenamientos jurídicos de estos Estados. En cualquier caso, no hay que olvidar que las alternativas a las penas de prisión aspiran a limitar, sustituir o moderar la aplicación de la pena privativa de libertad, pero no a eliminarla completamente del escenario. En palabras de Ferrajoli, “la historia de las penas es más horrenda e infamante para la humanidad que los propios delitos que le dieron causa”⁹⁴.

Teniendo en cuenta toda la historia⁹⁵ y, lo referente a la actualidad, Manzanos Bilbao⁹⁶, afirma que se distinguen diversos tipos de funciones sociales que desempeña la cárcel, así tiene funciones de tipo formal, legislativo que vienen definidas por la Constitución española, por la Ley y el Reglamento penitenciarios como funciones resocializadoras de las personas reclusas; funciones sociales o, más precisamente, de aculturación general y socialización diferencial, en relación con la definición por parte de la sociedad de quiénes son los delincuentes, identificando la delincuencia únicamente con aquellos infractores de leyes penales que se perciben, se persiguen, se penalizan y encarcelan⁹⁷; funciones políticas, tanto instrumentales como simbólicas, destinadas a tratar de eliminar o neutralizar cualquier conflicto social que ponga

⁹⁴ FERRAJOLI, L, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., pp. 386 y ss.

⁹⁵ Me remito a la obra de PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. y FERNÁNDEZ GARCÍA, E., *Historia de los Derechos Fundamentales*, t. I: tránsito a la modernidad, siglos XVI y XVII, y t. II: siglo XVIII, vol. II, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2003; RIVERA BEIRAS, I., “La cárcel en España: de la autonomía administrativa al control jurisdiccional”, cit., pp. 505-528.

⁹⁶ MANZANOS BILBAO, C., “Reproducción de lo carcelario: el caso de las ideologías resocializadoras”, en RIVERA BEIRAS, I., (coord.), *Tratamiento Penitenciario y Derechos Fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 122-123.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 123, “La cárcel así entendida actúa como un espacio educativo para la producción de delincuentes adaptados a ella y a su papel social de chivos expiatorios de la necesidad de una delincuencia habitual que justifica la protección de intereses de poder mediante formas de control policial, penal y carcelario, ocultando otros tipos de delincuencia infinitamente más grave [...], haciéndonos creer que la cárcel es una herramienta eficaz en la prevención y lucha contra el delito”.

en cuestión la realidad y/o legalidad establecida por motivos políticos o de conciencia.

1.2.7. Siglo XXI

Después de un largo proceso iniciado en 2004, finalmente, ha visto la luz el que es la tercera versión de las Normas Penitenciarias Europeas. La feliz iniciativa tuvo lugar en el año 1973. Se quiso en aquella ocasión dar una respuesta a las Normas Mínimas de las Naciones Unidas de 1955, que ya entonces resultaban insuficientes por dos razones. La primera, porque las Reglas Mínimas nacieron con una proyección universal, por lo cual muchos de los derechos reconocidos en los países más desarrollados aparecían devaluados, se había llegado más lejos de las recomendaciones del texto de las Naciones Unidas. Por otra parte, esa misma proyección obligó a una redacción excesivamente programática, que en muchos casos no permitía convertir su contenido en un compromiso político penitenciario de los países a los que iba destinado.

Se recogen en este primer apartado bajo el epígrafe de principios fundamentales:⁹⁸

1.- Toda persona privada de libertad debe ser tratada en el respeto de los derechos del hombre. Cualquier persona privada de libertad conserva todos sus derechos, salvo aquellos que les hayan sido retirados de acuerdo con la ley por su condición de condenados a una pena de prisión o sometidos a prisión provisional.

2.- Aquellas restricciones impuestas a las personas privadas de libertad, estarán limitadas a un estricto criterio de necesidad y deben ser proporcionales a los objetivos legítimos para los que se han impuesto.

3.- Bajo ningún concepto, la carencia de recursos, no podrá justificar que las condiciones de detención violen los derechos del ser humano.

⁹⁸ CONSEJO DE EUROPA

CONSEJO DE MINISTROS. RECOMENDACIÓN, REC (2006)2 DEL COMITÉ DE MINISTROS DE LOS ESTADOS MIEMBROS SOBRE LAS REGLAS PENITENCIARIAS EUROPEAS (1) (adoptado por el Comité de Ministros el 11 de enero de 2006 en la 95 2ª Reunión de Delegados de Ministros).

4.- La vida en prisión debe adaptarse a la vida en el exterior de la misma.

5.- A todo detenido se le debe facilitar su reintegro en la Sociedad.

6.- La cooperación con los servicios sociales externos y, en tanto que sea posible, la participación de la sociedad civil en la vida penitenciaria debe de garantizarse.

7.- El personal penitenciario tiene una importante misión de servicio público y su selección, su formación y sus condiciones de trabajo le deben de permitir proporcionar un alto nivel de prestación de servicio a los detenidos.

8.- Todas las prisiones deben ser objeto de una inspección gubernamental regular e independiente.

Un nuevo planteamiento de política criminal, que aunque heredero de los anteriores es, sin ningún género de dudas, novedoso. La ejecución de la pena privativa de libertad arranca de los dos siguientes principios informadores:

1. Principio de reinserción social. Esta nueva formulación de los fines preventivo especiales en el ámbito de la ejecución de la pena arranca de las críticas y el fracaso de las pretensiones resocializadoras, más ambiciosas y que a la postre ha servido sobre todo como un poderoso instrumento legitimante de la prisión gracias al cual lejos e convertirla en una pena excepcional de última ratio, se nos aparece no solo como la pena hegemónica en relación con las demás, sino que en si misma considerada se emplea con mas intensidad y frente a mas infracciones que en cualquier otro momento de su historia. La reinserción social nos sitúa frente a un condenado más real, más concreto; ante un sujeto con muchas carencias, algunas de las cuales tienen su origen en su propia condición de recluso. El sistema penitenciario no puede pretender, ni es tampoco su misión hacer buenos a los hombres, pero si puede, en cambio, tratar de conocer cuales son aquellas carencias y ofrecerle al condenado unos recursos y unos servicios de los que se pueda valer para superarlos. En cierta forma se propone que las terapias resocializadoras y la sicología sean desplazadas por la oferta de los servicios sociales y la sociología.

No debe, pues, extrañarnos, que los responsables de su redacción no hagan mención en ningún momento a la resocialización o la reeducación. La Regla 2 de la anterior redacción –con rango de principio básico- que asociaba los fines de la prisión con el desarrollo de la responsabilidad y la vida en legalidad, ha quedado

relegada a un objetivo del régimen, es decir, de las actividades personales que se programan en relación con cada condenado. Por eso "cada detención debe ser de manera que facilite la reintegración en la sociedad libre de las personas privadas de libertad" (R6).

2. Principio de normalización social. En justa coherencia con lo anterior la cárcel debe ser un reflejo de la sociedad libre. No hay razón para que la vida dentro de una prisión se trate de prisionalizar y, sin embargo, si existen muchos argumentos a favor de su normalización social. De esta forma, la Regla 5 ("La vida en la prisión se adaptará en la medida de lo posible a los aspectos positivos de la vida en el exterior de la prisión") se convierte en el auténtico eje en torno al cual deben resolverse los grandes y los pequeños problemas de la ejecución penitenciaria. A esta normalización social se llega por los caminos de la humanización del castigo mejor que con pretensiones rehabilitadoras. La prisión no puede añadir más castigo al condenado que la privación de su libertad ambulatoria. A lo largo de la ejecución a este se le van a ofrecer programas de capacitación, a la salida se le ayudará con recursos, pero sobretodo día a día el sistema tratara de diseñar una prisión. A diferencia de otras pretensiones todos los operadores saben cual es el modelo social al que debe de acudir para cumplir con esta normalización, podemos encontrar con facilidad pautas de actuación y podemos hacer un ejercicio critico de los excesos penitenciarios de la prisión. Sin embargo el lenguaje reeducador era pretendidamente técnico, del que solo participaban unos pocos, y acrítico.

Para asegurar esta normalización social es preciso reforzar unas relaciones fluidas sociedad/prisión. La mejor forma de garantizar que la vida en la prisión se asemeja a la vida en libertad es permitiendo el acceso de la sociedad a través de diferentes instancias dentro de la prisión. La sociedad se debe corresponsabilizar con el daño que se causa a la población penitenciaria convirtiéndose en garante de la evitación de los excesos (R7).

Como ya sucediera en las formulaciones precedentes de nuevo se reitera en estas que el privado de libertad no pierde su condición de sujeto de derecho al que debe permitírsele el ejercicio de todos los derechos que no estén afectados directamente por el cumplimiento de la pena. Además el acceso al ejercicio de los derechos ha de garantizarse con independencia de los recursos disponibles por la administración penitenciaria. No puede, por ejemplo, usurparse la intimidad de

un condenado ejercida en el derecho que las normas le reconocen de poder disponer de una celda individual por causa de la desmedida masificación que se vive en las prisiones europeas.

El principio de legalidad y el correspondiente control de legalidad que debe de ejercer una autoridad independiente cierran este conjunto de principios fundamentales. Se establece una reserva absoluta de ley, de manera que ningún reglamento ni disposición de rango inferior puede restringir el ejercicio de los derechos de los condenados salvo que esta amparado por una norma de rango superior, que lo contemple (R 2 y 9). Los responsables del texto ven suficientemente garantizados los derechos mediante la actividad del control por un órgano independiente sin recomendar que el mismo sea un órgano judicial. El control judicial es, a nuestro juicio, más recomendable no solo por la autoridad e independencia que el mismo reviste sino por coherencia con los propios postulados del estado de Derecho. Si el poder judicial debe también ejecutar lo juzgado y tiene como misión controlar que el Estado y los particulares actúen conforme al Derecho su presencia en la fase de ejecución de las penas de prisión es recomendable, porque es precisamente allí, en ese marco donde mayores son los riesgos de lesión de los derechos fundamentales de las personas.

En relación con cualquier privación de libertad⁹⁹, las normas penitenciarias deben de jugar un papel supletorio y mínimo. Ninguna privación de libertad

⁹⁹ **CONSEJO DE EUROPA**

CONSEJO DE MINISTROS. RECOMENDACIÓN, REC (2006)2 DEL COMITÉ DE MINISTROS DE LOS ESTADOS MIEMBROS SOBRE LAS REGLAS PENITENCIARIAS EUROPEAS (1) (adoptado por el Comité de Ministros el 11 de enero de 2006 en la 95 2ª Reunión de Delegados de Ministros).

ÁMBITO DE APLICACIÓN

10.1. Las Reglas penitenciarias europeas se aplicaran a todas las personas sometidas a prisión provisional por una autoridad judicial o privadas de libertad como consecuencia de una condena.

10.2. En principio las personas sometidas a detención provisional por una autoridad judicial y privadas de libertad como consecuencia de una condena no pueden estar ingresados en otros establecimientos que no sean los penitenciarios, es decir, en establecimientos reservados para estas dos categorías.

10.3. Estas Reglas se aplicarán también a las siguientes personas:

- a) Detenidos por cualquier otra razón en una prisión.

justifica que se restrinjan los derechos de la legislación penitenciaria. La separación de un grupo de privados de libertad nunca puede ser para establecer peores condiciones y ello con independencia de cual sea el motivo e la privación de libertad, la naturaleza de esta, el órgano que lo dispone o el lugar en el que se ejecuta.

Por otra parte, se reconoce con carácter general que el internamiento de jóvenes y enfermos mentales en los centros penitenciarios debe de estar presidido por un criterio de excepcionalidad, en la medida que dichos establecimientos ofrecen obstáculos a programar actividades reinsertadoras que en relación con estos grupos de internos debe tener un tratamiento relevante. Pero, si en determinadas circunstancias un joven o un enfermo mental hubiera de ser trasladado o recluso en un establecimiento penitenciaro, no bastará con asegurar que estos se encuentren separados del resto de la población penitenciaria. El respeto al principio de la diversidad exige que "su situación y sus necesidades deben estar regidas por unas reglas especiales" (R 12.2.).

Probablemente no fuera preciso que se incluyera expresamente una referencia a la prohibición de actos discriminatorios en la aplicación de estas

b) Sometidos a prisión provisional por una autoridad judicial o privados de libertad como consecuencia de una condena, pero que están, por la razón que sea, ingresados en otro tipo de establecimiento.

10.4. Toda persona detenida en una prisión o en las condiciones mencionadas en el párrafo 10.3 b será considerada como detenido a los efectos de estas Reglas.

11.1. Los menores de 18 años no deberán estar detenidos en una prisión de adultos, sino en establecimientos concebidos a tales efectos.

11.2. Cuando, no obstante, los menores de edad sean excepcionalmente ingresados en una prisión, su situación y sus necesidades deben de regirse por unas Reglas especiales.

12.1 Los enfermos mentales cuando su estado de salud sea incompatible con la detención en una prisión deberán estar ingresados en un establecimiento especial concebido a tales efectos.

12.2. Si estas personas fueran, no obstante, excepcionalmente detenidos en una prisión, su situación y sus necesidades deben de estar regidas por unas reglas especiales.

13. Las presentes Reglas deben ser aplicadas con imparcialidad, sin discriminación alguna fundada en el sexo, la raza, el color, la lengua, la religión, las opiniones políticas u otro tipo de opiniones, la procedencia nacional o social, la pertenencia a una minoría nacional, las condiciones económicas, el nacimiento o cualquier otra situación."

Recomendaciones ya que la primera de ellas obliga a tratar a los privados de libertad en el respeto de los Derechos del Hombre, entre los que se encuentra precisamente esa prohibición, sin embargo, con buen criterio, se he reiterado conscientes de los peligros de decisiones discriminatorias en los establecimientos penitenciarios por motivos de étnia o nacionalidad en unos momentos de crecimiento espectacular de la población extranjera.

CAPÍTULO II

GÉNESIS Y EVOLUCIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD, EN RELACIÓN CON LA PENA

1. LA PENOLOGÍA, SIGNIFICADO Y ALCANCE

La dificultad conceptual del Derecho penal, fundamentalmente motivada por su continua mutabilidad, no correlaciona con la imposibilidad de establecer una definición acotada de la Penología. Su carácter de concreción formal establece nítidos límites sobre su objeto de estudio (más allá de su consideración como ciencia independiente o disciplina auxiliar del Derecho penal) aunque su dimensión material varía progresivamente adaptándose, o pretendiendo hacerlo, a las realidades punitivas que cada época y Estado considera adecuadas como respuesta ante el delito.

La Pena es una privación o restricción de bienes jurídicos establecida por la Ley e impuesta por el órgano jurisdiccional competente, al que ha cometido un delito. Dos axiomas deben tenerse en cuenta, el primero, el principio de personalidad de las penas, que significa que las penas no pueden trascender a personas que no sean culpables del delito; el segundo, el principio de igualdad ante la Ley penal, según el cual, las penas no pueden ser diferentes por la condición social de las personas.

Desde un punto de vista estático, la pena es la consecuencia primaria del delito, es una retribución del delito cometido, el delito es el presupuesto necesario de la pena (teoría absoluta): desde el punto de vista dinámico la pena tiene los mismos fines que la ley penal: la evitación de las conductas que la Ley prohíbe o manda ejecutar mediante una prevención general, cuando se opera sobre la colectividad y mediante una prevención especial cuando se opera sobre el que ha cometido el delito para que no vuelva a delinquir (teoría relativa); el artículo 25.2 de la Constitución Española señala que: «las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados».

La Penología puede definirse como aquella parte del Derecho penal que estudia la teoría del sistema de penas y medidas de seguridad, regulando¹⁰⁰:

Los tipos de penas y medidas de seguridad.

Su aplicación y determinación.

Su ejecución y no ejecución.

Su ámbito de estudio está delimitado, en nuestro ordenamiento, por la Constitución Española de 1978¹⁰¹, que establece una limitación primaria de penas así como una serie de principios con reflejo directo en el sistema punitivo (irretroactividad, igualdad, legalidad, reserva de ley,...), y por el Código Penal¹⁰², informadas por normas jurídicas de tradición histórica transestatales¹⁰³.

2. DOCTRINA DE LA PENA Y SUS CONSECUENCIAS.

La pena es la consecuencia jurídica del delito desde un punto de vista formal, constituyendo una sanción aflictiva desde un punto de vista material como reacción a quien lesiona o pone en peligro culpablemente un bien jurídico

¹⁰⁰DE AGREDA, G. R. P. El concepto de pena. Archivos de Criminología, Criminalística y Seguridad Privada, 2009, no 3, p. 1-25.

¹⁰¹ Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978 (BOE núm. 311, de 29 de diciembre). El art. 15 establece como primer derecho fundamental el derecho a la vida y a la integridad física y moral, prohibiendo taxativamente las torturas y penas o tratos inhumanos o degradantes, resaltando expresamente la abolición de la pena de muerte. En su art. 25.1 establece el principio de legalidad de ejecución al señalar que *“Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”*. Continuando en el 25.2 con la orientación, dirigida al legislador, de las penas privativas de libertad y medidas de seguridad y prohibiendo expresamente los trabajos forzados.

¹⁰² Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995). En su Libro I, Título III, Capítulo I, clasifica las penas y sus efectos, en su Capítulo III las formas sustitutivas de las penas privativas de libertad, y en su Título IV desglosa las medidas de seguridad.

¹⁰³ Como sucede con la Declaración Universal de Derechos Humanos y otras disposiciones internacionales suscritas por España.

que la colectividad considera básico para la convivencia y como tal ha sido recogido en el Derecho positivo.

En este sentido, la pena constituye un mal para el sujeto, es una reacción del ordenamiento jurídico que afecta a los bienes más esenciales de la persona que ha vulnerado los valores fundamentales considerados como merecedores de castigo penal por el ordenamiento jurídico.

2.1. TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA PENA

Debido a la complejidad para definir la pena, se va a tratar de acotar desde tres puntos de vista básicos: Código Penal, Tribunal Supremo y tribunal Constitucional.

La pena es la privación o restricción de bienes jurídicos, impuesta conforme a la Ley, por los Órganos Jurisdiccionales al culpable de una infracción penal (Cuello Calón).

Principio de legalidad

Principio de oportunidad

Principio de proporcionalidad

Principio de necesidad

Principio de humanidad de las penas

2.1.1. Código Penal

Esta norma no establece taxativamente un concepto de pena, aunque sí de lo que no lo son¹⁰⁴, por lo que establece una definición negativa basada en la exclusión de determinadas instituciones aflictivas del Derecho. No obstante se refiere a ella en diversos artículos, por lo que es posible establecer el significado que el Código Penal da a la pena.

¹⁰⁴ El art. 34 del C.P. establece: *“No se reputarán penas: 1. La detención y la prisión preventiva y las demás medidas cautelares de naturaleza penal. 2. Las multas y demás correcciones que, en uso de atribuciones gubernativas o disciplinarias, se impongan a los subordinados o administrados. 3. Las privaciones de derechos y las sanciones que establezcan las leyes civiles o administrativas”*.

En su artículo 1.1. establece que: *“no será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito por Ley anterior a su perpetración”*. La referencia al castigo (mediante la pena) está inexorablemente ligada a la comisión de una infracción penal.

En su artículo 2.1 contiene el principio de legalidad penal proclamado en la Constitución Española, al señalar: *“No será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las leyes que establezcan medidas de seguridad.”*.

El artículo 3 pone de relieve una de las características procesales de la pena, cual es el formalismo procesal, al disponer en su nº 1 que *“No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales”*; igualmente, el art.3.2 viene a establecer el principio de legalidad en la ejecución penal prescribiendo que *“Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes.”*.

En su artículo 4 destaca el principio de taxatividad penal, al señalar que *“Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas”*, y en el 5 (*“No hay pena sin dolo o imprudencia”*) contempla la proporcionalidad de la pena con el delito cometido y la adecuación a la culpabilidad del autor.

En su artículo 4 destaca el principio de taxatividad penal, y en el 5 contempla los modos de antijuricidad que exclusivamente pueden dar lugar a la imposición de una pena.

Por su parte el artículo 10 define los delitos como *“...acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley”*.

Con todo ello se acota el término pena desde el punto de vista del Código Penal como: *Castigo previsto con anterioridad a su comisión para acciones (u omisiones) dolosas o imprudentes, que ha de estar inscrito en sentencia firme por el órgano jurisdiccional competente, que figure en el catálogo tasado de respuestas penales y que sea consecuente a la comisión de una infracción penal.*

2.1.2. Tribunal Constitucional

En el concepto formulado en el punto anterior el término “castigo” parece poseer un contenido contrario a las finalidades señaladas en el art. 25.2 C.E. (reeducación y reinserción), sin embargo no cabe duda de que la propia naturaleza del sistema punitivo le imprime un fin más amplio en la ejecución, en el que se incluyen la retribución, custodia y finalidad asistencial. El citado artículo constitucional es un mandato dirigido al legislador y a la Administración Penitenciaria¹⁰⁵, para que éste dirija su actividad punitiva hacia la consecución de los fines constitucionales. Dicho precepto no contiene un derecho fundamental, sino un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos.

Así se desprende de los fundamentos jurídicos de numerosas sentencias del Tribunal Constitucional (STC 120/2000, de 19 de mayo; STC 150/1991, de 4 de julio; STC 19/1988, de 16 de febrero;...), la cual establece el concepto de pena en base a las finalidades constitucionales de resocialización y reinserción social, para lo cual la condena ha de resultar un instrumento idóneo.

Recurso de amparo 415-2014¹⁰⁶. Promovido por don César Prosper Silvestre respecto de los Autos de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y de la Audiencia Provincial de Valencia sobre liquidación de condena.

Vulneración del derecho a la libertad personal: resoluciones judiciales que no ponderaron adecuadamente el tiempo servido en prisión con antelación a la reforma del régimen de abono de la prisión preventiva (STC 261/2015).

Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de marzo de 2016, que declara ilegal que se pueda sustituir en prisión el medicamento prescrito por otro clínicamente equivalente, de forma menos estricta a lo que se hace en el exterior.

El Tribunal Supremo rechaza restar a los presos las penas cumplidas en Francia: <http://www.deia.com/2015/02/18/politica/euskadi/el-tribunal-supremo-rechaza-restar-las-penas-cumplidas-por-presos-en-francia-porque-la-normativa-europea-incluye-esa-excepcion->

¹⁰⁵ STC 150/1991, de 4 de julio y otras.

¹⁰⁶ Sala Primera. Sentencia 48/2016, de 14 de marzo de 2016 (BOE núm. 97, de 22 de abril de 2016).

2.1.3. Tribunal Supremo.

El Alto Tribunal se ha referido en reiteradas ocasiones a los fines de la pena, sin embargo establece el concepto en base a los señalados por el Código Penal y el Tribunal Constitucional. En numerosas sentencias se ha referido a ello, estableciendo una doctrina en orden a la señalada en la STS 395/2004¹⁰⁷, que advierte del carácter integrador y de reinserción que han de cumplir las penas privativas de libertad.

Hace referencia expresa a las finalidades de reeducación y reinserción de las penas privativas de libertad, articulándolas en atención a los preceptos del Código Penal, por lo que coincide con las definiciones anteriores.

2.1.4. Tribunal Europeo De Derechos Humanos

Caso Del Río Prada¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Sala: 2.^a

Organo: Tribunal Supremo

Resolución: Sentencia Numero 395/2004

Fecha: 18 de marzo de 2004

Ponente: Luis - Román Puerta Luis

Referencia: §227342

Resumen: La Audiencia Provincial de Huesca, en expediente de acumulación de condenas, dictó auto que denegaba la petición de refundición de penas y fijación del límite máximo de cumplimiento. El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso, dado que los hechos enjuiciados en los tres procesos tuvieron lugar en el año 1991, y ninguna de las correspondientes sentencias es de fecha anterior a la del hecho enjuiciado en la última sentencia.

¹⁰⁸ **Gran Sala del Tribunal Europeo De Derechos Humanos. Caso Del Río Prada contra España. Demanda n.º.: 42750/2009**

En su Sentencia definitiva de Gran Sala, dictada hoy en el caso Del Río Prada c. España (demanda n o 42750/09), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos falla, por quince votos contra dos, que ha habido vulneración del artículo 7 (no hay pena sin ley) del Convenio Europeo de Derechos Humanos ; por unanimidad, que desde el 3 de julio de 2008, la privación de libertad de la demandante no es regular y vulnera el artículo 5 § 1 (derecho a la libertad y a la seguridad) ; y por dieciséis votos contra uno, que corresponde al Estado demandado garantizar la puesta en libertad de la demandante en el plazo más breve posible. El caso versa sobre el aplazamiento de la fecha de puesta en libertad

Hechos principales La demandante, Inés del Río Prada, de nacionalidad española y nacida en el año 1958, se encuentra actualmente encarcelada en un centro penitenciario de la Comunidad Autónoma de Galicia (España). Entre diciembre de 1988 y mayo de 2000, como consecuencia de ocho procedimientos penales distintos, fue condenada a numerosas penas privativas de libertad, por la comisión entre 1982 y 1987 de infracciones relacionadas con atentados terroristas. La duración total de las penas alcanzaba más de 3000 años de prisión. Sin embargo, según el artículo 70.2 del Código Penal de 1973, vigente en el momento de la comisión de los hechos, el máximo de cumplimiento de la condena del culpable no podía exceder de 30 años. Esta regla se aplicaba igualmente a las penas que se hubieran impuesto en distintos procesos si los hechos delictivos, como en el caso de la Sra. Del Río Prada, por su conexión jurídica y cronológica, pudieran haberse enjuiciado en uno solo. En noviembre de 2000, la Audiencia Nacional, mediante una decisión de acumulación de penas, redujo de 3000 a 30 años de prisión la condena de la interesada. Tras la adopción de varias decisiones por parte de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria entre los años 1993 y 2004, le fue concedida a la Sra. Del Río Prada, de conformidad con el artículo 100 del Código Penal de 1973, una redención de nueve años por el trabajo realizado en prisión.

En abril de 2008, tras aplicar dicha redención de penas al máximo de 30 años, el centro penitenciario de Murcia (España), donde la Sra. Del Río Prada estaba encarcelada en ese momento, propuso a la Audiencia Nacional su puesta en libertad el 2 julio de 2008. Mientras tanto, el Tribunal Supremo había modificado su jurisprudencia en lo concerniente a la redención de penas. En efecto, después de haber establecido el Tribunal Supremo en sentencia de 8 de

definitiva de una persona condenada por terrorismo en virtud de la aplicación de una nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo – conocida como « doctrina Parot » - adoptada tras su condena. El Tribunal estima que la demandante no podía prever que el Tribunal Supremo modificaría su jurisprudencia en febrero de 2006 ni que tal modificación le sería aplicada y supondría aplazar en casi nueve años la fecha de su puesta en libertad – del 2 de julio de 2008 al 27 de junio de 2017. Por lo tanto, la demandante ha cumplido una pena de prisión de una duración superior a la que tendría que haber cumplido según el sistema jurídico español en vigor en el momento de su condena. Por consiguiente, corresponde a las autoridades españolas garantizar su puesta en libertad en el plazo más breve posible.

marzo de 1994 que el límite de 30 años previsto en el art. 70.2 del Código Penal de 1973 debía ser interpretado como « una pena nueva y autónoma », sobre la cual debían aplicarse las redenciones de pena, pasó a considerar, en sentencia de fecha de 28 de febrero de 2006, que el límite de 30 años no da lugar a una pena distinta de las sucesivamente impuestas al reo, sino que tal límite representa el máximo de cumplimiento del penado en un centro penitenciario. Por todo ello, las redenciones de pena debían aplicarse sobre cada una de las penas impuestas de forma separada y no sobre el límite máximo de 30 años. Como resultado de esta nueva línea jurisprudencial – llamada « doctrina Parot », la Audiencia Nacional pidió a las autoridades penitenciarias que modificasen la fecha prevista para la puesta en libertad de la Sra. Del Río Prada, debiendo proceder a un nuevo cálculo conforme a la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo. Mediante una providencia de 23 de junio de 2008, fundada en una segunda propuesta del centro penitenciario, la Audiencia Nacional fijó la fecha de 27 de junio de 2017 para la puesta en libertad definitiva de la demandante. El recurso de ésta ante la Audiencia Nacional, así como, el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, fueron respectivamente desestimados en julio de 2008 y febrero de 2009.

2.1.5. Privación o restricción de derechos

La pena es un mal para el que la sufre, se le priva de su libertad, su patrimonio, su honor. No obstante, la pena también es un mal para otras personas, que se ven afectadas directamente por el cumplimiento: los hijos, el cónyuge, etc. Además, la sociedad ha de correr con los gastos de la ejecución de la pena: personal, infraestructura material, construcción de centros penitenciarios, mantenimiento de los internos (comida, asistencia médica). Además, hay que añadir otros costes personales para el penado: la desocialización y la estigmatización. Con relación a la primera, el internamiento en un establecimiento penitenciario supone un aislamiento de la sociedad, lo que provoca un paulatino alejamiento de las innovaciones sociales, políticas, científicas y culturales. Para evitar precisamente este efecto desocializador de la pena, la política actual de los países de nuestro entorno se dirige a abrir las puertas de las prisiones a la sociedad, a través de programas formativos, educativos, etc. La búsqueda de alternativas a la pena de prisión clásica que se constituyan en verdaderas

opciones, con la aspiración a que finalmente la desplacen, es la única salida para su humanización. Sin duda, la prisión abierta es una salida, aunque batalle en los albores del nuevo milenio contra la construcción sólida y cerrada de los muros de encierro avalada sólo por su repetida historia¹⁰⁹.

2.1.6. Ajustado a ley

Esta afirmación se traduce en dos consecuencias: una de orden formal y otra de orden material:

Formalmente, la privación de derechos que supone la pena para el que la sufre ha de ser impuesta, conforme al principio de legalidad penal mediante Ley orgánica, según lo establecido en el art. 81 de la Constitución. De esta forma, la ley actúa como garante de seguridad jurídica: un reglamento no puede imponer ninguna pena ni modificarla. Por su parte, el legislador tiene que conceder un margen de actuación al Juez para que pueda satisfacer exigencias derivadas del principio de igualdad, lo que le lleva, en el momento actual, a establecer penas relativamente determinadas que deben, ser concretadas por el juez en su sentencia. Tiene que darse un equilibrio entre las exigencias de seguridad e igualdad. Así mismo, el principio de legalidad ha de tener vigencia durante la ejecución de la pena art. 3.2 CP: *“no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y...”*.

Desde la perspectiva material, la pena ha de ser popular. Esto significa que cuando el parlamento procede a la triplicación de determinadas conductas, así como a la determinación de la pena a imponer, ha de reflejar el sentir de la colectividad, en la medida en que en un estado democrático, ha de reflejar la opinión mayoritaria. No sólo la incriminación de determinadas conductas, sino el *quantum* y la clase de pena.

2.1.7. Impuesto por los órganos jurisdiccionales

Así consta en los artículos 3.1 y 3.2 CP. La intervención del Estado en el momento de la imposición de la pena excluye la venganza privada. Antes del

¹⁰⁹ Toro, M. C. (2013). La prisión y sus penas. Penas abiertas: un límite humanista. *Cisma: Revista del Centro Telúrico de Investigaciones Teóricas*, (4), 1-17.

nacimiento del Estado, la imposición de una pena, mejor dicho, la ejecución del castigo, venía siendo ejercida por el núcleo familiar. Por ello, hoy se afirma que la intervención del estado es una garantía de imparcialidad. La imparcialidad la refleja, no solo el juez, que ha de valorar las pruebas sin predeterminación alguna, sino también el Ministerio Fiscal, que en el juicio ha de velar por los intereses generales y, en este sentido, unas veces pedirá la libre absolución del imputado y, en otras, su condena, según llegue a la convicción de la inocencia o culpabilidad del reo. Para ello es necesario partir del principio de presunción de inocencia que quedará desvirtuado o enervado en el juicio oral mediante los medios de prueba legalmente permitidos. De esta forma, según lo establecido en el art. 1 LECr y 80 CP, a nadie se le puede imponer una pena si no media una sentencia firme que emana de un proceso legal, seguido ante el tribunal lícitamente establecido.

Para velar por el cumplimiento o la ejecución de la pena privativa de libertad, existe la figura del juez de vigilancia penitenciaria y del Fiscal de Vigilancia penitenciaria.

3. APORTACIONES DOCTRINALES EN TORNO A LAS TEORÍAS DE LA PENA.

Desde una perspectiva doctrinal se establece una clasificación de las distintas teorías en torno a la pena basadas en su necesidad en concordancia con su finalidad. En este sentido podemos distinguir entre:

3.1. TEORÍAS ABSOLUTAS

Entienden la pena como consecuencia necesaria, es decir, como respuesta estatal ineludible ante la comisión de un delito. Su esencia sería la retribución o reparación por el mal causado¹⁰³, sin que posea relevancia el beneficio o perjuicio que de su aplicación se desprenda para el sujeto. El fin exclusivo es la justicia, sin otro tipo de connotación.

¹⁰³ LANDROVE DÍAZ, GERARDO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid, 2007, págs. 18 y ss.

Fundamentan la pena en sí misma sin relación con ninguna utilidad y su fundamento mayoritario es la retribución, con la que con su imposición se restablece la justicia que el delito ha quebrado, se castiga "*quia peccatum*" (porque se ha pecado).

Sus máximos fundadores fueron KANT y HEGEL. El primero argumentaba que la pena debe de retribuir al delincuente por su acción con un mal de igual naturaleza, el segundo va más allá e introduce que esa relación ha de tener un carácter ideal, estableciendo una equivalencia entre determinados delitos y concretas penas.

3.2. TEORÍAS RELATIVAS¹¹¹

Sus seguidores consideran que, si bien la pena contiene un carácter retributivo, no se puede obviar que su finalidad es múltiple. No se centran tanto en la pena sino en sus finalidades, añadiendo al fin de prevención general otro de prevención especial para evitar la reincidencia. De este modo resaltan la necesidad de un tratamiento específico para cada delincuente, al objeto de evitar que cometa nuevos delitos.

En este sentido la pena no posee un fin en sí misma sino que se fundamenta por el fin que persigue, que ha de ser un fin socialmente útil: la prevención. Se castiga no porque se haya pecado sino para que no se peque ("*ut ne peccetur*").

Con esta perspectiva se abren dos vías:

Prevención general: se pretende que la generalidad de los ciudadanos no llegue a delinquir o no vuelva a hacerlo por la amenaza de la pena o por la experiencia ajena.

Prevención especial: evitar que el delincuente cometa delitos mediante la imposición de la pena, es decir, evitarlo a través de las finalidades de reeducación y custodia.

¹¹¹ Según Von Liszt; "sólo la pena necesaria es justa". Se habla de "relativa" porque su finalidad está referida a la "evitación del delito".

3.3. TEORÍAS DE LA UNIÓN

Consideran que cada una de las anteriores poseen algo aceptable y algo rechazable, así pretenden aunar el componente retributivo con la finalidad de prevención, refundiendo el reproche social con la finalidad preventiva¹¹².

En este sentido y considerando la pena desde una perspectiva dinámica, sus funciones pueden extenderse a tres momentos distintos:

Antes del delito: cuando el legislador establece la prohibición u obligación de realizar determinadas conductas, bajo la amenaza de una pena, está realizándose una función eminentemente preventiva, de prevención general.

Tras la comisión: entra en juego la finalidad retributiva, mediante la imposición de la sanción penal prevista.

Durante la ejecución: la finalidad predominante es la de prevención especial, encaminada al logro de la reeducación y rehabilitación social.

¹¹² ROXIN, CLAUDIUS. *Problemas Básicos del Derecho Penal*. Traducción de Diego Manuel Luzon Peña. Madrid: Reus, 1976. p. 11.

CAPÍTULO III

**COMO SE CLASIFICAN Y REGULAN LAS PENAS Y LA
PELIGROSIDAD CRIMINAL EN EL C.P.**

1. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN ESPAÑA.

En España las medidas de seguridad se aplican a inimputables o a semiimputables que hayan cometido un delito, pero nunca como un instrumento preventivo de una posible reincidencia que pueda sumarse a la pena y ejecutarse con posterioridad a ella durante un tiempo indeterminado. Incluso en los casos de semiimputabilidad, en los que cabe conjugar pena y medida de seguridad privativa de libertad, un sistema vicarial hace que la medida se ejecute antes que la pena y que su duración sirva para compensar la de ésta (arts. 2, 6, 20 y 95 a 105 del Código Penal). En definitiva, dualismo mitigado, hasta el punto de apreciar un cierto monismo en la ejecución allí donde coinciden medidas y penas, que no admite quiebra alguna, como sí sucede en otros sistemas que excepcionalmente aceptan un dualismo acumulativo en la ejecución con cumplimiento previo de la pena en supuestos de reincidencia, a los que aquí se responde con la figura del agravante. No siempre ha sido así; en los primeros intentos de redacción del Código Penal tras la aprobación de la Constitución se barajó la posibilidad de aplicar medidas de seguridad a los reincidentes o delincuentes habituales, desapareciendo cualquier referencia al asunto a partir del borrador de anteproyecto de Código Penal de 1990¹¹³.

El Tribunal Constitucional, cuando ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre las medidas de seguridad, ha mostrado en ocasiones una cierta singularidad argumentativa en comparación con la ya comentada jurisprudencia sentada por otros Tribunales extranjeros, producto de diferentes presupuestos; en sus inicios de una configuración legal de las medidas completamente opuesta a la

¹¹³ Sobre la reincidencia y su tratamiento legislativo puede consultarse VAELLO ESQUERDO. ESPERANZA. *Consecuencias Jurídicas del delito.*, 2010, p. 1359 y ss., en donde se describe el debate doctrinal y jurisprudencial sobre la reincidencia y su constitucionalidad, resuelto en parte por la STC 150/1991, Pleno, 4.7.1991 (BOE nº 180 29.7.1991; MP: Luis López Guerra).

actual y a la que hemos visto es posible encontrar en los demás sistemas, al tratarse de medidas predelictuales que pretendían actuar frente a una “peligrosidad” social más que criminal, y más tarde condicionado por una regulación de las medidas de seguridad en nuestro ordenamiento ya postdelictuales, pero orientadas a inimputables y semiimputables.

La STC 16/1981, 1ª, 18.5.1981 (BOE nº 143 16.6.1981; MP: Ángel Latorre Segura), es la primera que considera compatible el derecho a la libertad personal del art. 17 CE con las medidas de internamiento, en tanto la ley, el Código penal, prevea los casos y las formas en las que procede su adopción, como ocurre en ese supuesto concreto respecto de la declaración de exención de responsabilidad criminal por enajenación mental. Pero será la STC 159/1985, 2ª, 27.11.1985 (BOE nº 301 17.12.1985; MP: Rubio Llorente), que otorga el amparo a una persona que fue objeto primero de medida de seguridad y posteriormente de condena penal por unos mismos hechos, la que, aún reconociendo las diferencias existentes, equipare pena y medida de seguridad. Así señala que, si bien el procedimiento que desembocó en la ejecución de la medida “no es ciertamente criminal”, “concluye con una decisión que priva... de libertad y del derecho a elegir libremente residencia y a circular por el territorio nacional y que sólo formalmente se distingue de la pura y simple condena penal”. Ello hubiera dado pie, de no haberse anulado el procedimiento de imposición de la medida por vulnerar la presunción de inocencia, a la aplicación del principio non bis in ídem, que “impide el que por autoridades del mismo orden, y a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente la misma conducta”, en lo que tiene de “inadmisible reiteración en el ejercicio del ius puniendi del Estado” y hubiera supuesto “una abierta contradicción con el mismo derecho a la presunción de inocencia, porque la coexistencia de dos procedimientos sancionadores para un determinado ilícito deja abierta la posibilidad, contraria a aquel derecho, de que unos mismos hechos, sucesiva o simultáneamente, existan y dejen de existir para los órganos del Estado”.

Se pone de manifiesto la naturaleza sancionadora que el Tribunal confiere tanto al procedimiento que pretenda la imposición de medidas de seguridad, como a ellas mismas consideradas, según se reitera a posteriori en la STC 21/1987, 2ª, 19.2.1987 (BOE nº 54 4.3.1987; MP: Carlos de la Vega Benayas), pero es indudable que la afirmación se realiza sobre unas medidas de seguridad sui

generis, muy distintas a las que en la actualidad acoge el Código Penal, porque se imponen en un proceso cuyo objeto y fin es “el de la prueba y sanción –medida de seguridad-, de una conducta antisocial” que debe apreciarse “sobre datos explícitos y explicitados”.

En efecto, la constitucionalidad de tales medidas predelictuales, es decir “medidas que no subsiguen, en su imposición, a la condena penal por razón del delito”, anteriormente presentes en la derogada Ley de peligrosidad y rehabilitación social, es puesta en entredicho en la STC 23/1986, 2ª, 14.2.1986 (BOE nº 55 5.3.1986; MP: Jerónimo Arozamena Sierra), y en las SSTC 21/1987, 2ª, 19.2.1987 (BOE nº 54 4.3.1987), 131/1987, 2ª, 20.7.1987 (BOE nº 191 11.8.1987; MP: Luis López Guerra), y , 1ª, 8.6.1989 (BOE nº 158 4.7.1989; MP: Jesús Leguina Villa), pues, según interpretan, a tenor del art. 25.1¹¹⁴ “no caben medidas de seguridad sobre quien no haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal”; “la imposición de medidas de seguridad con anticipación a la punición de la conducta penal y la concurrencia sobre un mismo hecho de pena y medida de seguridad son contrarias al principio de legalidad penal, ya que por un lado no cabe otra condena y la medida de seguridad lo es que recaiga sobre quien haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal, y por otro lado, no es posible sin quebrantar el principio non bis in idem, íntimamente unido al de legalidad, hacer concurrir penas y medidas de seguridad sobre tipos de hecho igualmente definidos, y ello aunque se pretenda salvar la validez de la concurrencia de penas y medidas de seguridad diciendo que en un caso se sanciona la «culpabilidad» y en el otro la «peligrosidad»”.

Del mismo modo el derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2¹¹⁵ también estaría en cuestión, según las sentencias señaladas, en tanto al afectado

¹¹⁴ Artículo 25. C.E.

1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.

¹¹⁵ Artículo 24. C.E.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los

“se le estaría presumiendo culpable antes de que en proceso penal por delito se dilucidara su culpabilidad”, quedando “abierta la posibilidad... de que los hechos de que se partió para imponer la medida de seguridad no se estimen probados por el órgano jurisdiccional al que corresponde enjuiciar penalmente al recurrente”.

Caso diferente es el que se contempla en la STC 112/1988, 2ª, 8.6.1988 (BOE nº 152 25.6.1988; MP: Gloria Begué Cantón), y ya se adelantó en la STC 16/1981, 1ª, 18.5.1981 (BOE nº 143 16.6.1981); ahora sí estamos ante una medida de seguridad postdelictual privativa de libertad consistente en el internamiento en un establecimiento psiquiátrico ordenado por el juez al apreciar la eximente de responsabilidad criminal de enajenación mental. Este internamiento, dispuesto en sentencia penal, no es en principio contrario al derecho a la libertad del art. 17 C.E., al tener lugar en los casos y forma previstos en la ley y respetar “las garantías que la protección del referido derecho fundamental exige, interpretadas de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre esta materia ratificados por España (art. 10 CE)... “A este respecto es preciso recordar que, salvo en caso de urgencia, la legalidad del internamiento de un enajenado, prevista expresamente en el art. 5.1 e) del Convenio, ha de cumplir tres condiciones mínimas, según ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos... a) haberse aprobado de manera convincente la enajenación mental del interesado, es decir, haberse demostrado ante la autoridad competente, por medio de un dictamen pericial médico objetivo, la existencia de una perturbación mental real; b) que ésta revista un carácter o amplitud que legitime el internamiento; y c) dado que los motivos que originariamente justificaron la decisión pueden dejar de existir, es preciso averiguar si tal perturbación persiste y en consecuencia debe continuar el internamiento en interés de la seguridad de los demás ciudadanos, es decir, no puede prolongarse válidamente el internamiento cuando no subsista el trastorno mental que dio origen al mismo...; dichas condiciones garantizan que el internamiento no resulte arbitrario y responda a la finalidad objetiva para la que fue previsto: evitar que persista el estado de peligrosidad social inherente a la enajenación mental apreciada”. “Resulta, por consiguiente, obligado, en aras del derecho fundamental consagrado en el art.

medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

17.1¹¹⁶ C.E., el cese del internamiento, mediante la concesión de la autorización precisa, cuando conste la curación o la desaparición del estado de peligrosidad.

Este juicio en orden a la probabilidad de una conducta futura del interno socialmente dañosa, así como el convencimiento sobre el grado de remisión de la enfermedad, corresponde al Tribunal penal a través de controles sucesivos en los que ha de comprobar la concurrencia o no de los presupuestos que en su día determinaron la decisión del internamiento. Pero, si bien es cierto que para la adopción de la decisión oportuna no se halla el órgano judicial automáticamente vinculado a los informes emitidos en sentido favorable a la misma, su disentimiento ha de ser, sin duda, motivado, con el fin de evitar que la persistencia de la medida aparezca como resultado de un mero arbitrio o voluntarismo judicial, y deberá basarse en algún tipo de prueba objetivable”.

No obstante será la STC 24/1993, Pleno, 21.1.1993 (BOE nº 47 24.2.1993; MP: Carles Viver Pi-Sunyer), al desestimar la cuestión de inconstitucionalidad interpuesta contra el art. 8.1 Código Penal, en la redacción dada por la LO 8/1983, que recoge la mencionada eximente de enajenación mental, la que revise y precise el fundamento y la finalidad de las medidas de seguridad previstas para estos casos desde unos planteamientos que, a pesar del diferente supuesto de hecho, guardan mayor sintonía con la comentada doctrina de otros Tribunales. “El criterio determinante para la adopción de tales medidas es la personalidad del sujeto enajenado, su peligrosidad, y no la mayor o menor gravedad del acto delictivo cometido.... Dichas medidas no suponen una reacción frente a la culpabilidad sino frente a la peligrosidad de quien ha cometido la acción considerada delictiva. Su adopción no tiene como finalidad la sanción del hecho realizado, pues se considera que si el enajenado no puede quedar sometido al juicio de culpabilidad tampoco puede experimentar un castigo por las acciones que lleve a cabo, sino principalmente la de prevención de la peligrosidad inherente a la enajenación mental apreciada -sin olvidar su eventual curación-.... De ese fundamento y esa finalidad se deducen y, al mismo tiempo, explican alguna de las notas características que tienen esas medidas de seguridad en

¹¹⁶ Artículo 17.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma prevista en la Ley.

nuestro ordenamiento.... Así, la relativa indeterminación del tipo de medida que debe adoptarse en cada caso o la relativa indeterminación de su duración responden al hecho de que ambos se establecen en función de un dato aleatorio como es la evolución de la enfermedad y peligrosidad social del enajenado, y no de un dato cierto y previamente conocido como pueda ser la duración de la pena que le hubiera correspondido de haber configurado las medidas de seguridad como respuesta a la culpabilidad del sujeto responsable de la acción delictiva”.

Todo ello le lleva a descartar que haya tenido lugar una vulneración tanto del principio de igualdad, en tanto es razonable tratar penalmente diferente a cuerdos y a enajenados y es proporcionado conectar las medidas que se les apliquen “no con el tipo de delito cometido, sino con su peligrosidad social y con la evolución de su enfermedad”, como del derecho a la presunción de inocencia, en cuanto cualquier medida de seguridad sólo puede ser adoptada por el órgano judicial si se acredita “debidamente en el proceso, de un lado, la existencia del hecho punible y la participación que en él tuvo el acusado, y, de otro lado, y a los efectos que ahora interesan, la enajenación mental del mismo... a la vista de la índole de la enfermedad del acusado, de los informes de los facultativos que asistan al enajenado y atendiendo, conforme a reiterada y constante doctrina del Tribunal Supremo, a la propia gravedad de los hechos... reflejo y manifestación de la peligrosidad del enajenado”.

El Código penal no presume que “la enfermedad y peligrosidad concurrentes al tiempo de cometer el hecho delictivo subsisten en el momento del juicio y posterior ejecución” indefinidamente; de ahí que se permita al Tribunal “sustituir el internamiento..., adoptando en cualquier momento, la medida que estime pertinente entre las legalmente previstas”. Tampoco se puede decir que haya lesión alguna de los arts. 17 y 25 CE, pues no obligan a que medidas de seguridad y penas tengan unas características o una duración equivalentes y la mayor o menor proporcionalidad entre ambas compete al legislador en atención a objetivos de política criminal.

Del mismo modo la desproporción no está presente “entre las medidas de seguridad -especialmente el internamiento- y la finalidad terapéutica y de aseguramiento del enajenado que aquéllas deberían perseguir”. La dificultad de fijar con carácter general una correlación “entre los diversos tipos de medidas y los grados de remisión de la peligrosidad” ha llevado, según el Tribunal,

lícitamente al legislador a optar por prever una pluralidad de medidas que permitan hacer frente a las distintas situaciones y dejar que el órgano judicial las pueda ir sustituyendo para adaptarlas a la evolución del estado del afectado que se somete a controles sucesivos. La medida de seguridad del internamiento, a la vista de su regulación, no consagra una privación de libertad indefinida, sino rodeada de todas las garantías constitucionales y convencionales, a las que, junto a la “justificación plena de la enajenación mediante informes médicos y que ésta revista un carácter o amplitud que aconseje el internamiento, destaca la de que el internamiento no puede prolongarse válidamente cuando no subsista el trastorno mental que dio origen al mismo..., correspondiendo al Tribunal penal realizar los pertinentes controles sucesivos a tal fin”, por mucho que el legislador haya preferido no prever expresamente la realización de controles periódicos, aunque sí “la eliminación de las medidas en el momento en que dejen de ser necesarias”.

El ATC 83/1994, 2ª, Sec. 4ª, 14.3.1994, también puede resultar esclarecedor del régimen del internamiento como medida de seguridad. De un lado, el Tribunal no entra a pronunciarse sobre qué tipo de infracción –delito o falta– podría condicionar la adopción de la medida, pues considera que es a los Tribunales ordinarios a quienes les corresponde interpretar las normas penales y no a él, salvo que la interpretación realizada sea manifiestamente irrazonable o de la aplicación de la norma se derive lesión de un derecho fundamental, lo que no es el caso; sin embargo, más adelante no deja de admitir que, como es la peligrosidad del sujeto y no la mayor o menor gravedad del acto delictivo el factor determinante para acordar la medida, “aunque el criterio general deba ser el de considerar insuficiente la realización de un hecho antijurídico de poca importancia, es preciso reconocer que en ciertas ocasiones la comisión de un delito de escasa gravedad, e incluso de una falta... puede ser sintomático, por sí solo, de una relevante peligrosidad del autor determinante del internamiento judicial”. De otro, recuerda, en la línea de la STC 104/1990, 2ª, 4.6.1990 (BOE nº 160 5.7.1990; MP: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer), que la adopción de la medida de internamiento se encuentra sujeta “a la existencia de un hecho antijurídico, a la falta de capacidad de culpabilidad del autor y a que éste represente un peligro real para la comunidad” con base en “una perturbación mental, comprobada médicamente de forma objetiva, que presente tal magnitud que justifique” el internamiento por no poder vivir libremente en sociedad. “Sólo

a partir de una consideración global del hecho y del autor”, entiende el Tribunal Constitucional, “es posible afirmar la existencia de un peligro cierto para la comunidad”.

Más allá del supuesto concreto al que aluden, el enfoque que en las últimas decisiones señaladas, en especial la referida STC 24/1993, Pleno, 21.1.1993 (BOE nº 47 24.2.1993), se deja ver de las medidas como mecanismos de reacción frente a la peligrosidad, y no frente a la culpabilidad, sin finalidad sancionadora, parece guardar, con todas las salvedades, mayor conexión con la línea argumental de otros Tribunales de nuestro entorno. Por eso cabe preguntarse si afirmaciones de esta índole pudiesen dar cobertura a otras opciones legislativas distintas a las hasta ahora exploradas¹¹⁷.

2. CLASIFICACIÓN DE LAS PENAS.

En la breve Exposición de Motivos del Código Penal, entre los criterios inspiradores del mismo, destaca, en primer lugar, “una reforma total del actual sistema de penas, de modo que permita alcanzar, en lo posible, los objetivos de resocialización que la Constitución le asigna”. Así, el actual Código Penal español establece la clasificación formal de las penas, bien con carácter principal bien como accesorias, en: privativas de libertad, privativas de otros derechos y multa (art.32 CP).

En atención a esta ordenación sistemática podemos distinguir entre:

Penas privativas de libertad:

Prisión permanente revisable.

Prisión.

+ de 5 años (grave).

¹¹⁷ Entre la numerosa doctrina española sobre la cuestión, puede consultarse SANZ MORÁN, 2003; LEAL MEDINA, 2002, p. 49 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, 2001, p. 699 y ss.; CEREZO MIR, 2001, p. 927 y ss.; VAELLO ESQUERDO, 2001, p. 1359 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, 2000, p. 107 y ss.; GARCÍA ARÁN, 1997; SIERRA LÓPEZ, 1997; MUÑOZ CONDE, 1996, p. 303 y ss.; VIVES ANTON, MANZANARES SAMANIEGO, 1996; VIVES ANTON, 1986, p. 91 y ss.; TERRADILLOS, 1981.

> 3 meses = 5 años (menos grave).

Localización permanente (leve).

Responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (leve).

Multa (pecuniaria):

Sistema de días multa.

Multa proporcional.

Privativas de otros derechos.

Inhabilitaciones. (absoluta, especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio u otras actividades determinadas en el código, o de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela, derecho de sufragio pasivo o de cualquier otro derecho).

Suspensión de derechos con carácter temporal. (de empleo o cargo público).

Trabajos en beneficio de la comunidad.

Privación del derecho de residencia u otros derechos como asistir a determinados lugares, del permiso de conducción, de tenencia y porte de armas, de aproximarse a la víctima u otras personas determinadas por el juez o tribunal y prohibición de comunicación.

Medidas de seguridad: privativas de libertad o no.

Por su naturaleza y duración el art. 33 de la L.O. 10/95 establece una clasificación de penas en graves, menos graves y leves, que se resume en la siguiente tabla:

Tabla 1.

	GRAVES	MENOS GRAVES	LEVES
PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE	La pena de prisión permanente será revisada de conformidad en lo dispuesto en el Art. 92 de C.P.		
PRIVATIVAS DE LIBERTAD	Prisión + 5 años	Prisión > 3 meses = 5 años	
			Localización permanente
		Responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa	Responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa
PRIVATIVAS DE OTROS DERECHOS	Inhabilitación absoluta		
	Inhabilitación especial + 5 años	Inhabilitación especial hasta 5 años	
	Suspensión empleo o cargo público + 5 años	Suspensión empleo o cargo público hasta 5 años	
	Privación derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores o tenencia y porte de armas + 8 años	Privación derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores o tenencia y porte de armas de 1 año y un día a 8 años	Privación derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores o tenencia y porte de armas 3 meses a 1 año
	Privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos por + 5 años	Privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos de 6 meses y 1 día a 5 años	Privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos – 6 meses
	Prohibición de aproximarse a la víctima u otras personas determinadas por el Juez por + 5 años	Prohibición de aproximarse a la víctima u otras personas determinadas por el Juez de 6 meses y 1 día a 5 años	Prohibición de aproximarse a la víctima u otras personas determinadas por el Juez de 1 a < 6 meses
	Prohibición de comunicarse con la víctima u otras personas determinadas por el Juez por + 5 años	Prohibición de comunicarse con la víctima u otras personas determinadas por el Juez de 6 meses y 1 día a 5 años	Prohibición de comunicarse con la víctima u otras personas determinadas por el Juez de 1 a > 6 meses
		Trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 180 días	Trabajos en beneficio de la comunidad de 1 a 30 días
PECUNIARIAS		Multa + 2 meses	Multa 10 días a 2 meses
		Multa proporcional	

FUENTE: Elaboración propia.

El art 153.1 C.P. describe el delito de violencia de género, las conductas típicas son auténticos delitos leves ya que el propio precepto indica: *“El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definida como delito por este Código, o golpear o maltratar a otro sin causarle lesión...”*.

Los requisitos que justifican la agravación de la conducta son de un lado el sujeto pasivo, pues este ha de ser exclusivamente de género femenino, y de otro la existencia presente o pasada de una análoga relación de afectividad.

Con el mismo efecto agravatorio actúan las amenazas y las coacciones leves¹¹⁸, siempre que se cumplan los requisitos mencionados en el párrafo anterior referidos tanto al género del sujeto pasivo como a su relación de afectividad con él.

En el 153.2 C.P. se castigan las mismas conductas, aunque es este caso los sujetos pasivos han de ser alguno de los señalados en el 173.2 C.P.¹¹⁹. Se pretende con ello dar protección mediante la intimidación penal a los convivientes en un mismo espacio doméstico, debido a la impunidad que puede derivarse de esa relación de convivencia. Al igual que en el supuesto anterior se amplía el catálogo de conductas leves que son elevadas a la categoría de delito, así sucede con las amenazas leves¹²⁰ (con armas o instrumentos especialmente peligrosos) realizadas contra alguna de las personas señaladas en el art. 173.2 C.P. y las coacciones leves sobre persona especialmente vulnerable que conviva con el autor¹²¹.

Los apartados 1 y 2 del art. 153 castigan las mismas conductas pero difieren en los sujetos, teniendo asignada además distinta respuesta punitiva. Esto ha sido objeto de crítica por cierto sector de la doctrina y de la práctica judicial, al entender que vulneraba diversos preceptos constitucionales, lo cual ha llevado a la interposición de numerosas cuestiones de inconstitucionalidad¹²².

La STC 59/2008, de 14 de mayo, resuelve la cuestión de inconstitucionalidad 5939/2005, interpuesta por la Juez de lo Penal nº 4, de Murcia, contra la Ley Integral Contra la Violencia de Género (L.O. 1/2004, de 28 de diciembre). Dicha

¹¹⁸ Descritas en los arts. 171.4 y 172.2 del Código Penal.

¹¹⁹ Descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre menores o incapaces que con él convivan o se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar,...

¹²⁰ Recogida en el art. 171.5 C.P.

¹²¹ Recogida en el art. 172.2 C.P.

¹²² Cuestiones de inconstitucionalidad nº 5939/2005, 7987/2007, ambas en relación con el art. 153.1; 797/2007, en relación con el art. 171.4;...

cuestión es planteada al entender la titular del Juzgado que el art. 153.1 vulneraba el art. 14 C.E. (igualdad ante la ley) y discriminaba por razón de sexo. Se alegan las diferencias de pena en función del sexo del agresor.

La Fiscalía se muestra en contra del contenido de la cuestión pues *“la posición desventajosa de la mujer”* justifica la adopción de *“medidas distintas que las que se han de adoptar para proteger en general a las víctimas”*, entendiendo que *“pese a las previsiones constitucionales de igualdad tanto las relaciones de pareja como el sexo de sus miembros carecen de neutralidad”*.

La Magistrada-Juez Dña. María Poza Cisneros, Magistrada-Juez del Juzgado de lo Penal Número Cuatro de Murcia, plantea Recurso de Inconstitucionalidad 5939/2005, resuelto por STC 59/2008, manifestando que se sanciona penalmente más a los hombres que a las mujeres por cometer los mismos hechos, así como que se protege más a las mujeres que a los hombres frente a las mismas conductas.

El Tribunal Constitucional argumenta en su fallo desestimatorio que no se trata de los mismos hechos, pues cuando el agresor es hombre y la víctima mujer éste actúa conforme a una pauta cultural de desigualdad en el ámbito de la pareja, por lo que justifica que el precepto no se refiere tanto a castigar de modo desigual en razón de sexo sino en atención a una situación especialmente lesiva de violencia o arraigada desigualdad. Se emite voto particular¹²³ rechazando la diferencia punitiva en razón del sexo de autor y víctima cuando los hechos se producen en una situación relacional de pareja *“por estar superada la concepción de la mujer como sexo débil”*, también rechaza el argumento de *“arraigada desigualdad en el ámbito de la pareja”*, pues hoy día no cabe la idea de una situación de desigualdad y subordinación de la mujer *“cualquiera que fuese la situación lamentable del pasado”*.

A nuestro juicio la fundamentación del Tribunal Constitucional responde a cuestiones de política criminal, pero no es el instrumento adecuado para ello pues su función ha de ceñirse al ámbito de la Constitución, analizando con absoluto rigor técnico-jurídico si las cuestiones o recursos que le son planteados encajan o no en ella.

¹²³ Por el Magistrado del T.C. D. Vicente Conde Martín de Hijas. STC 59/2008.

Desde el año 2003 se han multiplicado las normas encaminadas a la lucha contra la lacra de la violencia de género, adoptándose una política de “tolerancia 0. Dentro de una protección ciudadana en una Sociedad Global, para llevar a cabo la prevención contra amenazas comunes y el disfrute de una vida cotidiana y sin temor¹²⁴. Esto ha llevado al legislador a endurecer el sistema punitivo para tan rechazables conductas, hasta el punto de elevar a delito lo que hasta entonces eran simples faltas, lo cual puede imbuirse en sus competencias por razones de política criminal. Otra cosa es que en su desarrollo legislativo se articulen preceptos que choquen con los más básicos principios constitucionales, máxime cuando no es necesario para los bienes que pretende proteger.

Atendiendo al principio de necesidad no resultaba preceptivo establecer diferente penalidad en función del sexo del autor, pues la respuesta penal se ha de dar en función del desvalor de la conducta. Si no existieran referencias al sexo en el precepto penal contenido en el 153.1, el Juez o Tribunal, a la hora de determinar la pena en concreto, valoraría las circunstancias de autor, víctima y hecho, determinando si han concurrido motivaciones discriminatorias, de superioridad, de desigualdad,... independientemente del sexo de la pareja penal, con lo que la protección que se pretende ofrecer a las conductas que se realizan en el ámbito relacional de pareja o convivencia quedarían salvada. Con ello se evitaría además atribuir una responsabilidad colectiva al sexo masculino por una trayectoria histórica opresiva y dañina hacia el femenino.

El 173.2 C.P. es otro ejemplo de conductas constitutivas de falta que han sido elevadas a la categoría de delito, está destinado a la protección de quienes son sometidos a violencia psíquica o física con habitualidad, no contiene referencia expresa a que tales actos hayan de ser constitutivos de delito, por lo que ha de entenderse que las faltas cometidas contra alguna de las personas descritas como sujetos pasivos en este artículo también encajan en la conducta típica. Tampoco se indica el número de actos que conforman la consideración de habitualidad¹²⁵. Para objetivar este concepto se recurre al art. 94 C.P., en el que se

¹²⁴ NICOLÁS GUARDIOLA, J. J., GINER ALEGRÍA, C. A. *Políticas de Seguridad ciudadana en el contexto Urbano*, Diego Marín, Murcia, 2014. P-59 y p-115.

¹²⁵ El art. 173.3 C.P. señala: “Para apreciar la habitualidad /.../ se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o

describen los requisitos de los “reos habituales”, que son: comisión de tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello. No obstante el propio art. 173.3 elimina el último de ellos expresamente al señalar: “...*hayan sido o no objeto de enjuiciamiento*”.

Igualmente, podemos distinguir por su autonomía o dependencia de otras penas, entre penas principales y accesorias. Así, el art.54 del Código Penal dispone que “*las penas de inhabilitación son accesorias en los casos en que, no imponiéndolas especialmente, la Ley declare que otras penas las llevan consigo*”. Por su parte el art.55 del referido cuerpo legal establece que “*la pena de prisión igual o superior a diez años llevará consigo la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, salvo que ésta ya estuviere prevista como pena principal para el supuesto que se trate*”.

El art.56 viene a establecer para el Juez la obligatoriedad de imponer, cuando se trate de penas de prisión inferiores a diez años, como accesorias, alguna o algunas de las penas de suspensión de empleo o cargo público, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, si éstos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en el art.579 del Código Penal.

Por último el art.57 dispone la posibilidad para los jueces o tribunales de imponer en las sentencias, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, una o varias de las prohibiciones contempladas en el art.48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave.

En los supuestos de estos delitos cometidos contra las personas a que se refiere el art.173.2 del Código Penal, se acordará, en todo caso, la pena prevista en el nº2 del art.48 (prohibición de aproximación) por un tiempo que no excederá de

diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”.

diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave. En el caso de la comisión de una infracción calificada como falta contra las personas de los arts.617 y 620, podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el art.48, por un período que no excederá de seis meses.

2.1. MODIFICACIONES EN LA L.O. 5/2010, DE 22 DE JUNIO:

En relación con la Propiedad Intelectual, la principal novedad del texto¹²⁶ radica en la decisión de rebajar las penas para las infracciones a pequeña escala de la misma, como por ejemplo el conocido “top manta” para lo que se ha modificado el Artículo 270 añadiéndole un nuevo párrafo y dejándolo como sigue:

«No obstante, en los casos de distribución al por menor, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias del artículo siguiente, el Juez podrá imponer la pena de multa de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días. En los mismos supuestos, cuando el beneficio no exceda de 400 euros, se castigará el hecho como falta del artículo 623.5.»

Otro aspecto con importante presencia en la reforma tiene que ver con lo denominado, Delitos informáticos.

“En el marco de los denominados delitos informáticos, para cumplimentar la Decisión Marco 2005/222/JAI, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información, se ha resuelto incardinar las conductas punibles en dos apartados diferentes, al tratarse de bienes jurídicos diversos. El primero, relativo a los daños, donde quedarían incluidas las consistentes en dañar, deteriorar, alterar, suprimir o hacer inaccesibles datos o programas informáticos ajenos, así como obstaculizar o interrumpir el funcionamiento de un sistema informático ajeno. El segundo apartado se refiere al descubrimiento y revelación de secretos, donde estaría comprendido el acceso sin autorización vulnerando las medidas de seguridad a datos o programas informáticos contenidos en un sistema o en parte del mismo.”

Así se introduce un nuevo ARTÍCULO 197.3 que establece:

¹²⁶ L.O. 5/2010, de 22 de Junio, (BOE de 23 de Junio de 2010), por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de Noviembre del Código Penal.

“El que por cualquier medio o procedimiento y vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, acceda sin autorización a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático o en parte del mismo o se mantenga dentro del mismo en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo, será castigado con pena de prisión de seis meses a dos años.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.

En cuanto a la responsabilidad penal de las Personas Jurídicas, Art. 257 y ss, se traduce en un incremento de penas, una ampliación de medidas a adoptar, para garantizar la responsabilidad de la sociedad, el fraccionamiento de las multas para evitar el perjuicio de los trabajadores, y la ejecución de las multas y la responsabilidad civil por el procedimiento administrativo de apremio.

Como dice la exposición de motivos, para la fijación de la responsabilidad de las personas jurídicas se ha optado por establecer una doble vía. Junto a la imputación de aquellos delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, por las personas que tienen poder de representación en las mismas, se añade la responsabilidad por aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre sus empleados, naturalmente con la imprescindible consideración de las circunstancias del caso concreto a efectos de evitar una lectura meramente objetiva de esta regla de imputación. Se suprime el art. 31.2 con lo que a partir de ahora no será necesario que se individualice la conducta ilícita en una persona física para determinar la responsabilidad de la sociedad.

-Se introducen las multa por cuotas y proporcional y la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones Públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la seguridad social. Igualmente, se tiene en cuenta el posible fraccionamiento del pago de las multas que les sean impuestas a las personas jurídicas cuando exista peligro para la supervivencia de aquellas o la estabilidad de los puestos de trabajo, así como cuando lo aconseje el interés general.

Se establecen criterios dirigidos a evitar la disolución encubierta de las empresas, presumiendo la subsistencia de la persona jurídica cuando la actividad económica continúe bajo otra figura empresarial manteniendo la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, trasladándose en aquellos casos la responsabilidad penal a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y extendiéndose a la entidad o entidades a que dé lugar la escisión⁻¹²⁷.

En el ámbito de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social se ha producido un endurecimiento de las penas y se pretende que el cumplimiento de las mismas sea más efectivo, con el auxilio de los servicios de la Administración Tributaria para la ejecución de la pena de multa y la responsabilidad civil, que se llevará a efecto por la vía del procedimiento administrativo de apremio (ARTÍCULO 305.5).

En lo que respecta al fraude de subvenciones, se unifica con respecto al delito fiscal la cuantía para considerar delictivos los hechos y se establece que para la determinación de la cantidad defraudada se tomará como referencia el año natural, debiendo tratarse de subvenciones obtenidas para el fomento de la misma actividad privada subvencionable, aunque procedan de distintas Administraciones o entidades públicas.

En relación a los delitos de Terrorismo, el nuevo ARTÍCULO. 571 sanciona:

La promoción, constitución, organización, coordinación o dirección de una organización o grupo terrorista.

La participación activa o la pertenencia a la organización o grupo, formando parte de la misma o aun sin formar parte de la misma.

Para definir organización o grupo terrorista es necesario acudir a la definición establecida en el art. 570 bis y ter¹²⁸ con relación a las organizaciones y

¹²⁷ Análisis de la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

¹²⁸ Art. 570 bis establece que será organización criminal “la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones, con el fin de cometer delitos”. Y el art. 570 ter establece que será grupo terrorista “la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización

grupos criminales. La nota de diferenciación entre organización y grupo terrorista y organización y grupo criminal es la finalidad. Se constituye la organización o el grupo con el fin o el objeto de “subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública”. Pero además se exige que dicho fin se pretenda realizar mediante la perpetración de cualquiera de los delitos que a continuación se regulan en el Código Penal.

Se aprecia cómo el legislador ha ampliado ad infinitum el arco de conductas posibles en relación con una organización o grupo terrorista: cualquier acto de participación “activa” se considerará como integración. Y por otro lado, cualquier grupo humano, de cualquier estructura, e incluso sin estructura, será considerado grupo terrorista atendiendo a los fines u objeto desarrollado por tal unión de personas. Se facilita extraordinariamente, por tanto, la penalización de las uniones que, desestructuradas y amorfas, son tan características de las células yihadistas. No será necesario, pues, forzar el concepto de asociación ilícita para castigar la integración, la participación o la colaboración.

Destacar, por último, que si bien para las organizaciones y grupos criminales “comunes” se establecen diferentes penas en función de si son organización o grupo, la integración en las organizaciones y grupos terroristas se castiga con las mismas penas, independientemente de que se considere a la célula grupo u organización.

Como resumen a la reforma de la L.O. 10/1995 de 23 de Noviembre por L.O. 5/2010 de 22 de Junio, podemos decir:

El Código establece; medidas de control extraordinarias para terroristas y delincuentes sexuales, especialmente pederastas, entre las que se incluye la libertad vigilada de hasta diez años revisable una vez cumplida la condena.

Incluye, además, el seguimiento telemático del delincuente, que estará siempre localizado, y la prohibición de aproximarse a sus víctimas.

Para aumentar la protección de los menores, se endurecen las condenas, que llegarán a los quince años de prisión, y se introduce la posibilidad de privar de la patria potestad a los padres si fuera necesario.

criminal, tenga por finalidad la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas”.

La captación de niños para participar en espectáculos pornográficos también será considerada delito a partir de ahora.

En cuanto a los casos de corrupción, el texto considera delito el soborno entre particulares. Además, aumentan las penas para los cargos públicos condenados por delitos de corrupción, que serán siempre de cárcel y no sólo de multa o inhabilitación, y para los delitos urbanísticos, castigando con hasta cuatro años de prisión las obras ilegales y a las autoridades que las amparen.

Se incluyen como nuevos delitos la piratería marítima y aérea, el acoso laboral e inmobiliario, los sobornos y fraudes en el deporte y el tráfico ilegal de órganos. En el caso de la piratería, apoderarse de un barco o de un avión se castigará con hasta quince años de prisión, mientras que el acoso laboral o inmobiliario llevará aparejada una pena de hasta tres años de cárcel.

La nueva reglamentación incluye también delitos medioambientales como el traslado ilegal de residuos, la explotación de instalaciones en las que se realice una actividad peligrosa y la destrucción de grave alteración del hábitat por la caza o la pesca de especies amenazadas.

Se tipifica de forma específica la trata de personas y se refuerza la protección penal a las mujeres y a los “niños soldado” en los conflictos armados, castigando expresamente a quienes atenten contra la libertad sexual de una persona protegida o recluten o alisten a menores para participar en esos conflictos.

2.2. MODIFICACIONES IMPORTANTES EN LA L.O. 1/2015, DE 30 DE MARZO:

Esta modificación, que entrará en vigor el 1 de julio de 2015, supone la reforma más profunda efectuada en dicho Código desde su aprobación en 1995. Con ella se modifican 252 de sus artículos y se suprimen 32. Además, se reforman otros 18 artículos de la L.E. Crim, uno de la Ley de Indulto, uno de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado y se añade una disposición a la Ley 23/2014, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE. Se detallan las 15 claves más importantes de esta reforma, que resumimos a continuación:

2.2.1. Modificación del régimen de penas y su aplicación

En este sentido cabe destacar que se instaura la prisión permanente revisable para los delitos más graves (Arts. 33, 35, 36, 76, 78 bis y 92 CP). Cuando el Congreso de los Diputados aprobaba el proyecto de Ley Orgánica, *“se trata de una pena impuesta a los delitos de alta gravedad. Una vez cumplida una parte de la pena, que dependerá del número de delitos que hubiera cometido y la naturaleza de los mismos, un Tribunal revisará y valorará las circunstancias de esa persona, por esto, la prisión permanente revisable no es una pena definitiva”*.

También se introducen medidas de suspensión y sustitución de la pena (Arts. 80 a 88, 90 a 94 bis).

La libertad condicional pasa a ser una modalidad de suspensión de la ejecución del resto de la pena.

Se equiparan los antecedentes penales españoles a los correspondientes a condenas impuestas por tribunales de otros Estados miembros de la Unión Europea, a los efectos de la concurrencia de la agravante de reincidencia o la suspensión de la ejecución de la pena o su posible revocación. (Art. 94 bis).

2.2.2. Supresión de las faltas y creación de nuevos delitos leves (Libro III CP)

Los delitos leves se sustanciarán conforme al procedimiento previsto en el Libro VI de la Ley de Enjuiciamiento Criminal denominado “Juicio sobre delitos leves” (es el anterior juicio de faltas con modificaciones para adecuarlo a la nueva categoría delictiva).

2.2.3. Amplia reforma del decomiso (Artículos 127 a 127 octies CP)

Se pone fin al doble régimen de decomiso (según se tratara de delitos contra la salud pública o de otros de diferente naturaleza) que existía hasta ahora.

2.2.4. Concreción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (Artículos 31 bis, ter, quater y quinquies)

Se limita la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en el caso de delitos cometidos por sus dependientes, sólo a los supuestos en los que el incumplimiento del deber de vigilancia haya tenido carácter «grave».

Se introduce como causa de exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica la existencia de un programa de prevención (programa de *compliance* penal), que conlleve una reducción significativa del riesgo de comisión de delitos.

2.2.5. Retoques en violencia doméstica y de género

Se incluye el «género» como motivo de discriminación en la agravante del artículo 22.4 CP.

Se podrá imponer la medida de libertad vigilada en todos los delitos contra la vida, y en los delitos de malos tratos y lesiones cuando se trate de víctimas de violencia de género y doméstica.

Los actos tendentes a alterar o impedir el correcto funcionamiento de los dispositivos telemáticos para controlar las medidas cautelares y las penas de alejamiento en materia de violencia de género, se tipifican expresamente dentro de los delitos de quebrantamiento (Art. 468.3 CP).

2.2.6. Se elevan las penas por asesinato y homicidio (Artículos 139, 140, 140 bis, 142 CP)

Se prevé la imposición de una pena de prisión permanente revisable para los asesinatos especialmente graves, que ahora son definidos en el artículo 140 del Código Penal: asesinato de menores de 16 años o de personas especialmente vulnerables; asesinatos subsiguientes a un delito contra la libertad sexual; asesinatos cometidos en el seno de una organización criminal; y asesinatos reiterados o cometidos en serie.

Se tipifica como asesinato (no agravado) el homicidio que se cometa para facilitar la comisión de otro delito o encubrirlo.

Se establece el homicidio agravado si la víctima es menor de 16 años o es una persona especialmente vulnerable y cuando esté presente un móvil sexual.

También lo será si se comete sobre agentes de la autoridad o funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.

2.2.7. Nuevos delitos contra la libertad, la libertad sexual y la intimidad

La detención ilegal sin dar razón del paradero de la víctima se castigará con una pena similar a la del homicidio (de 10 a 15 años de prisión). En caso de secuestro se elevará a entre 15 y 20 años (art. 166 CP)

Nuevo delito de acoso, acecho u hostigamiento (stalking) mediante llamadas telefónicas continuas, seguimientos o cualquier otra fórmula que pueda lesionar gravemente la libertad y el sentimiento de seguridad de la víctima, aunque no se produzca violencia (Art. 172 ter CP)

Se eleva la edad mínima de consentimiento sexual de los 13 a los 16 años

Se tipifica como nuevo delito la divulgación no autorizada de grabaciones o imágenes íntimas obtenidas con el consentimiento de la víctima, pero luego divulgadas sin que ésta lo sepa, cuando afecten gravemente a su intimidad (*sexting*).

2.2.8. Se agravan las penas por hurto, robo y estafa (Artículos 234, 235, 235 bis, 236, 237, 240, 241, 244, 246, 247, 249, 250 CP)

Los delincuentes habituales ahora podrán ser condenados como autores de un tipo agravado castigado con penas de uno a tres años de prisión.

Se modifica el catálogo de agravantes específicas del hurto, también aplicables a los delitos de robo con fuerza en las cosas.

Se incorpora una agravación cuando los delitos de hurto o robo afecten a conducciones de suministro eléctrico o de telecomunicaciones o a las conducciones o infraestructuras de hidrocarburos.

Se modifica la definición de robo con fuerza, que pasa a incluir los supuestos en los que la fuerza se utiliza para abandonar el lugar con el botín.

Se incluye un nuevo supuesto agravado de robo con fuerza determinado por el modo de comisión (butrones, alunizajes) o la gravedad de los daños causados.

2.2.9. Delimitación clara entre administración desleal y apropiación indebida (Artículos 252 a 254 CP)

La regulación de la administración desleal se desplaza desde los delitos societarios a los delitos patrimoniales porque es un delito contra el patrimonio, no sólo societario, en el que, por tanto, puede ser víctima cualquiera, no sólo una sociedad.

Se delimita con mayor claridad los tipos penales de administración desleal y apropiación indebida.

Nueva tipificación de la malversación de fondos públicos como un supuesto de administración desleal. Se incluyen, junto con las conductas de desviación y sustracción de los fondos públicos, otros supuestos de gestión desleal con perjuicio para el patrimonio público.

2.2.10. Distinción entre insolvencias punibles y frustración de la ejecución (Artículos 257 a 260, 263, 264 a 264 quater, 265, 266, 268 CP)

Se establece una clara separación entre las conductas de obstaculización o frustración de la ejecución, a las que tradicionalmente se ha entendido referido el delito de alzamiento de bienes, y los delitos de insolvencia o bancarrota.

2.2.11. Mayor protección para la propiedad intelectual (Artículos 270, 271, 274 CP)

Se aumentan las penas en el tipo general, de los seis meses a dos años a los seis meses a cuatro años y multa que se mantiene de seis meses a dos años.

Se incorpora como conducta típica explotar económicamente de cualquier otro modo una obra o prestación protegida sin la autorización de los titulares de los derechos de la propiedad intelectual, sustituyéndose, además, el elemento subjetivo «ánimo de lucro» por el de «ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto».

2.2.12. Refuerzo punitivo de la corrupción en los negocios y en la administración pública (Artículos 286 bis, ter, quáter, 288, 304 bis y 304 ter, 306, 308 bis CP)

Se pretende garantizar la aplicación de estos delitos en todos los casos en los que, mediante el pago de sobornos, en beneficio propio o de tercero, se obtienen posiciones de ventaja en las relaciones económicas.

Nuevo delito específico de financiación ilegal de los partidos políticos (artículos 304 bis y 304 ter CP).

2.2.13. Nuevas definiciones de atentado y alteración del orden público (Art. 550, 551, 554, 556, 557, 557 bis, 557 ter, 559, 561CP)

Se recoge de manera explícita que en todo caso se considerarán actos de atentado los que se cometan contra funcionarios de sanidad y educación en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas.

Se incluyen como sujetos protegidos los ciudadanos que acuden en auxilio de los agentes de la autoridad, los miembros de los equipos de asistencia y rescate que acuden a prestar auxilio a otro en un accidente o en una calamidad pública.

Nuevo tipo penal: la difusión de mensajes que inciten a la comisión de alguno de los delitos agravados de alteración del orden público.

2.2.14. Protección del medio ambiente y contra incendios (Arts. 319, 323, 325, 326, 326 bis, 327, 328, 332, 334, 335, 337, 337 bis y 353 CP)

Se permite paralizar los derribos de viviendas ilegales en las zonas costeras hasta que los propietarios tengan asegurado el cobro de indemnizaciones.

La falta de abandono de animales domésticos (artículo 631.2 CP) pasa a constituir un tipo atenuado del maltrato de animales del artículo 337 bis CP.

Se endurecen las penas a los incendios de mayor gravedad y se recogen nuevas agravantes en los casos especialmente lesivos para el medio ambiente o generadores de un peligro elevado.

2.2.15. Redefinición de las conductas de incitación al odio y a la violencia (Artículo 510 CP)

Se acoge el dictado de la STC 235/2007, de 7 de noviembre, que impone una interpretación del delito de negación del genocidio que limite su aplicación a los supuestos en los que esta conducta constituya una incitación al odio u hostilidad contra minorías.

Estos delitos pueden dar lugar a responsabilidad penal de las personas jurídicas.

3. ORÍGENES DE LA PELIGROSIDAD CRIMINAL.

En España se reseñan tras el Código Penal de 1928, con carácter postdelictual. Posteriormente con la Ley de Vagos y Maleantes¹²⁹ aparecen masivamente, manteniéndose hasta la derogación de la Ley de Peligrosidad y rehabilitación social¹³⁰, poseyendo en esta etapa carácter tanto predelictual como postdelictual. La Constitución Española de 1978, norma institucional básica que sistematiza los derechos fundamentales, hace desaparecer algunos de los denominados "*estados peligrosos*".

En la actualidad las medidas de seguridad son postdelictuales, estando ligadas a la peligrosidad social del sujeto, concepto complejo de definir por estar basado en el pronóstico de un comportamiento futuro.

Las medidas de seguridad constituyen un sistema preventivo en la lucha contra el delito que implican privación de bienes jurídicos fundamentales y son aplicadas, por órganos jurisdiccionales exclusivamente, en función de la peligrosidad criminal del sujeto, que ha de ser demostrada mediante la comisión de un hecho tipificado como delito y un pronóstico futuro de reincidencia delictiva, con las imprecisiones propias del pronóstico de una conducta ulterior.

¹²⁹ LEY DE VAGOS Y MALEANTES DE 4 DE AGOSTO DE 1933 (2ª REPÚBLICA).

¹³⁰ La ley sobre peligrosidad y rehabilitación social, fue una ley del código penal español aprobada por el régimen franquista el 5 de agosto de 1970. Boletín oficial del estado español (B.O.E) nº187 de 6/8/1970.

Algunos casos criminales recientes muestran cómo reclusos de permiso o excarcelados, maridos, exmaridos o novios sometidos a órdenes de alejamiento de sus parejas, jóvenes con precoces historias violentas, o enfermos mentales dados de alta de hospitales psiquiátricos, cometen graves actos violentos. Estos sucesos constituyen el núcleo principal de problema de la reincidencia y evidencian el riesgo de violencia existente en ciertos individuos (Blackburn, 1999; Buchanan, 1999; Campbell, 1995; Hart, 1998). Estamos muy acostumbrados a utilizar la peligrosidad como atributo clave para estimar la probabilidad futura de realización de comportamientos violentos, pero el desarrollo de la criminología ha mostrado que **la capacidad predictiva de la peligrosidad es limitada y su uso poco eficaz para los profesionales que toman decisiones prospectivas en contextos forenses, clínicos o penitenciarios** (Webster et al., 1997, Andrews y Bonta, 2003, Scott y Resnick, 2006). En los últimos 15 años se han desarrollado nuevas técnicas para predecir la conducta violenta basadas en tres elementos principales:

- a) Un mejor conocimiento de la naturaleza y procesos que producen la violencia.
- b) La sustitución del término “peligrosidad” por el de “riesgo de violencia”.
- c) El desarrollo de protocolos e instrumentos de uso profesional para la valoración del riesgo de violencia (Andrés Pueyo y Redondo, 2004).

La violencia es un fenómeno interpersonal y social (Reiss, 1994) que afecta seriamente al bienestar y la salud de los individuos. En la actualidad se ha convertido en un problema colectivo de primer orden con graves consecuencias sobre el desarrollo político-económico y social de los grupos humanos (Krug et al., 2002). La reacción de intolerancia y rechazo social contra la violencia se acompaña de una serie de demandas para solucionar las causas y las consecuencias de la misma. Estas demandas recaen sobre todos los agentes sociales, empezando por las estructuras político-administrativas del Estado y las demás administraciones públicas, las organizaciones sociales, los medios de comunicación, etc. En consecuencia se ha producido una movilización urgente de los profesionales que trabajan en tres ámbitos de actuación concretos: la justicia, la sanidad y los servicios

sociales. Todos ellos tienen un efecto directo sobre el control y la prevención de la violencia¹³¹.

Con respecto a la consideración de la necesidad de coexistencia entre penas y medidas de seguridad se han establecido también distintas perspectivas. Las penas y las medidas de seguridad pueden plantear problemas desde el punto de vista de su etiología y necesidad, existiendo tres sistemas principales que articulan su razón de ser:

4. SISTEMAS DE REGULACIÓN DE LA PELIGROSIDAD CRIMINAL.

4.1. SISTEMA MONISTA

No distingue entre ellas, pues considera que ambas son la misma cosa. Si la medida de seguridad limita los mismos bienes jurídicos que la pena, no existe diferencia. En referencia a esta concepción se ha señalado como crítica que los fines de ambas instituciones son distintos: la medida de seguridad solo tiene como fin la prevención especial, mientras que la pena posee otras finalidades (reinserción, rehabilitación, prevención general y carácter retributivo, entre otras).

4.2. SISTEMA DUALISTA

Reconoce la necesidad de la doble vía punitiva, atribuyendo su necesidad en función del juicio de culpabilidad en el caso de las penas, y al de peligrosidad en el caso de las medidas de seguridad. La rareza de esta concepción radica en su carácter acumulativo, pues su aplicación práctica alternativa resta efectividad al sentido de la respuesta punitiva¹³².

¹³¹ Pueyo, ANDRÉS., & Redondo, S. (2007). Predicción de la violencia: entre la peligrosidad y la valoración del riesgo de violencia. *Papeles del psicólogo*, 28(3), PP. 157-173.

¹³² El sistema dualista considera complementarias ambas formas de respuesta penal, es decir, quien haya cumplido su pena si además es considerado peligroso social tras ello ha de responder mediante la aplicación de una medida de seguridad, o al revés, el sujeto inimputable tras su correspondiente tratamiento mediante el cumplimiento de una

4.3. SISTEMA VICARIAL

Argumenta la distinción entre las finalidades de la pena y medidas de seguridad, realizando un juicio valorativo en atención a sus fines y fundamentos. En el supuesto de los semimputables, es decir, aquéllos en los que puedan converger penas y medidas, la respuesta penal se determinará en función del juicio de culpabilidad imponiéndosele una pena señalada en la sentencia, pero ésta será sustituida por una medida de seguridad en su ejecución.

4.4. SISTEMA ADOPTADO EN ESPAÑA

En España se ha seguido el sistema dualista y el vicarial, aunque con el Código Penal de 1995 se impone el segundo. prevé las medidas para los inimputables considerados peligrosos, también la coexistencia de penas y medidas para los semiimputables, cuando concurren los requisitos de postdelictualidad, estar basadas en la peligrosidad criminal y atendiendo al principio de necesidad, y al tiempo pueden ser fácilmente objeto de suspensión o sustitución.

5. REGULACIÓN DE LA PELIGROSIDAD CRIMINAL EN EL CÓDIGO PENAL.

La declaración de peligrosidad criminal supone el presupuesto inicial indispensable para poder imponer una medida de seguridad, esta consideración ha de estar basada en hechos pasados de los que pueda inferirse un comportamiento futuro.

Esta afirmación no está exenta de crítica, pues se justifica en un adelantamiento de la barrera penal, mediante la imposición de medidas, para prevenir conductas que aun no se han producido, si bien ha de estar basada en la comisión anterior de uno o varios hechos delictivos. Las conductas realizadas han de llevar a la convicción de que el sujeto es *peligroso criminalmente*, lo cual precisa

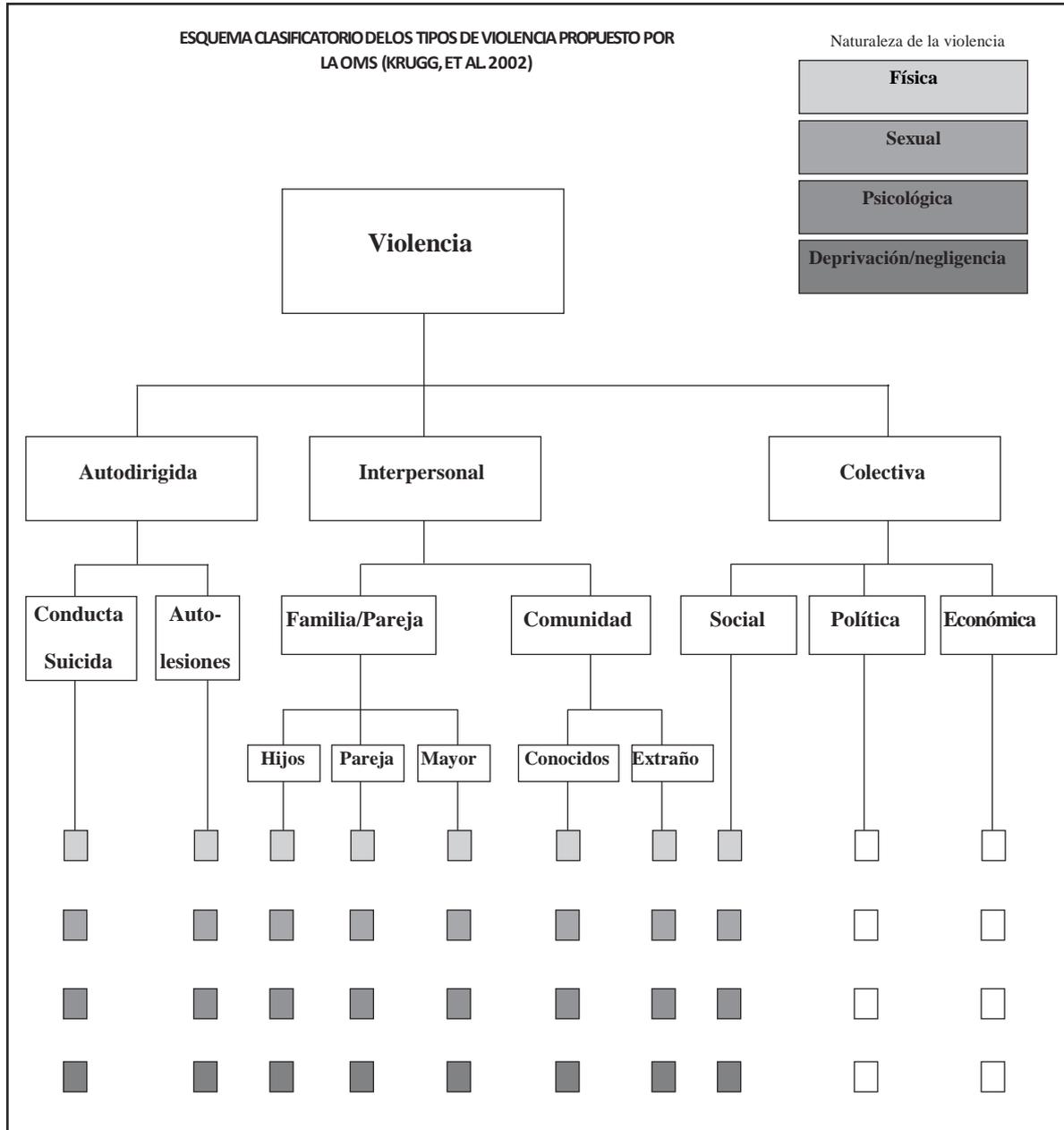
medida de seguridad, ha de responder ante la sociedad por el daño causado cumpliendo la pena impuesta.

declaración judicial en este sentido, sirviendo de base para que le pueda ser impuesta una consecuencia jurídica por las conductas realizadas, estando basada en un pronóstico de comportamiento futuro.

El art. 6 C.P. señala que las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito. El mismo artículo limita su extensión temporal a la de la pena que en abstracto habría correspondido a un sujeto imputable, ni exceder del límite necesario para prevenir la peligrosidad del autor.

Por su parte, el art. 97 C.P. regula la ejecución de las medidas de seguridad, estableciendo que el Juez o Tribunal, previa propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria, podrá acordar mantener la ejecución de la medida de seguridad impuesta, decretar su cese cuando desaparezcan las causas que motivaban la peligrosidad o sustituir la medida por otra que considere más adecuada.

Tabla 2¹³³



¹³³. Tipos de violencia, peligrosidad criminal o riesgo de violencia. Fuente OMS (KRUGG, ET AL. 2002)

CAPÍTULO IV

TIPOLOGÍA EN LAS DE MEDIDAS DE SEGURIDAD Y SU TRASCENDENCIA

1. TIPOLOGÍA DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD (TABLA 3)¹³⁴

MEDIDAS DE SEGURIDAD	
PRIVATIVAS DE LIBERTAD	Internamiento en centro psiquiátrico
	Internamiento en centro de deshabitación
	Internamiento en centro educativo especial
NO PRIVATIVAS DE LIBERTAD	Inhabilitación profesional
	Expulsión del territorio nacional a extranjeros no residentes legalmente
	Libertad vigilada
	La custodia familiar. El sometido a esta medida quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el Juez de Vigilancia Penitenciaria y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado.
	Privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores
	Privación del derecho a tenencia y porte de armas
	Prohibición de aproximarse a la víctima, familiares u otras personas
	Prohibición de comunicarse con la víctima u otras personas
	Sumisión a tratamiento médico en centros externos o socio-sanitarios
	Sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, de educación sexual y otros similares

Básicamente se subdividen en privativas o no de libertad, si bien el Juez o Tribunal no puede imponerlas a su libre arbitrio sino que está limitado por el hecho ilícito cometido, en este sentido no puede imponer una medida privativa de libertad si el delito cometido no lleva aparejada una pena privativa de libertad (art. 95.2 C.P.).

El contenido de la medida de seguridad está destinado a paliar las carencias observadas en el inimputable, bien siendo sometido a diversos tipos de tratamientos, privándole para ello o no de su libertad, o bien imponiéndole prohibiciones o privación de derechos.

¹³⁴ Fuente: Elaboración propia.

En el supuesto de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad en una misma sentencia, como puede suceder en el caso de imputabilidad reducida, se cumple primero la medida, si bien el tiempo de cumplimiento computará a los efectos de la pena impuesta, pudiendo ser suspendido el cumplimiento de la pena privativa de libertad en el supuesto de que éste pusiese en peligro los efectos conseguidos a través de la medida cumplida¹³⁵ (art. 99 C.P.).

Con respecto al quebrantamiento de las medidas de seguridad, si se tratase de una medida privativa de libertad el Juez o Tribunal podrá ordenar el reingreso en el centro del que se hubiese evadido u otro más adecuado (art. 100.1 C.P.), en caso de tratarse de otras medidas podrá decretarse su internamiento en caso de ser considerado necesario (art. 100.2 C.P.). En estos casos se deducirá testimonio para la posible consideración del delito de quebrantamiento de condena contenido en el art. 468.1 C.P., la cual no es preceptiva sino facultativa en atención a las circunstancias¹³⁶.

Los bienes jurídicos afectados son diversos y tienen su correlato en las penas. Las medidas de seguridad privativas de libertad afectan fundamentalmente a la libertad ambulatoria pero contienen un significado rehabilitador en atención a las carencias del sujeto, así se refieren a su cumplimiento obligatorio con la intención de que el condenado reciba un tratamiento adecuado a sus carencias al objeto de lograr su reinserción o rehabilitación. De otro lado están las de carácter no privativo de libertad que afectan a una amalgama de derechos, bien con la intención de corregir o paliar sus

¹³⁵ Si bien pueden serle aplicadas alguna de las medidas no privativas de libertad (reseñadas en el art. 96.3 C.P.).

¹³⁶ Esta situación provoca evitables malentendidos en la operatividad de los miembros de las FF.CC.SS, pudiendo dar lugar a interpretaciones delictivas que rozan la ilegalidad, pues no es infrecuente la imposición de la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores como medida de seguridad y no como pena. El incumplimiento de la segunda dará lugar a la comisión de un delito de quebrantamiento de condena, mientras que el supuesto primero ha de ser así considerado por el Juez o Tribunal, por lo que en principio no constituye tal delito. Sin embargo las bases de datos actuales no reflejan tal distinción, por lo que no es posible discriminar si la consecuencia jurídica impuesta es constitutiva de pena o de medida de seguridad, únicamente se refieren a si la privación procede de sanción gubernativa o penal.

deficiencias o al objeto de prohibirle determinadas actividades, estando en ambos casos en relación directa con el preceptivo pronóstico de peligrosidad criminal.

Realizando una reflexión crítica sobre las medidas de seguridad, resultan necesarias si atendemos al criterio de peligrosidad, el cual no está exento de crítica, más aún cuando nos movemos en el ámbito de la *“sociedad del riesgo”*, donde nunca como hasta ahora se había producido un fenómeno igual de temor hacia quienes consideramos *“diferentes”*, en alusión directa a los trastornos mentales.

Ciertamente se ha multiplicado la sensación subjetiva de inseguridad hacia ellos, influenciada fundamentalmente por la expansión mediática de sucesos focalizadores que son presentados como posiblemente generalizables. Sin embargo no hay duda de que son las consecuencias jurídicas que mayor respeto profesan al art. 25 C.E., con respecto a las finalidades de reeducación y reinserción, pues su regulación se dirige directamente a ello, logrado el objetivo es posible su suspensión o sustitución por otra medida menos gravosa.

También es cierto que todo lo que rodea a la psique humana provoca recelo, por lo que se multiplica el populismo punitivo hacia un mayor apartamiento de quienes sufren trastornos de tipo mental¹³⁷, especialmente si del diagnóstico, o incluso de meros indicios, se presupone una peligrosidad en ocasiones mal interpretada.

¹³⁷ No es infrecuente que de algunas noticias sobre sucesos en los que se ha visto implicado alguien que sufre algún tipo de esquizofrenia sean presentados por los medios de comunicación como sujetos altamente peligrosos. Lo cierto es que epidemiológicamente la incidencia de reacciones violentas es muy inferior a la que se produce en la población que no sufre tales trastornos, sin embargo las circunstancias concurrentes de ejecución de hechos criminales por estos enfermos suelen ser altamente impactantes, difíciles de comprender, por ser fruto de su mundo imaginario en el que las alucinaciones rigen el funcionamiento de su mente, y por consiguiente de su modo de actuar.

2. CLASES DE CONSECUENCIAS ACCESORIAS.

El Código Penal relaciona las consecuencias accesorias en sus artls. 127 a 129, estableciendo un catálogo cerrado y taxativo de las mismas, las cuales se resumen en la siguiente tabla¹³⁸:

CONSECUENCIAS ACCESORIAS
Comiso de efectos, bienes o instrumentos del delito así como ganancias procedentes del mismo
Comiso de otros bienes por valor equivalente
Clausura de empresas, locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo
Disolución de la sociedad, asociación o fundación
Suspensión de las actividades, hasta un máximo de cinco años
Prohibición de realizar actividades futuras, con carácter temporal o definitivo
Intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o acreedores, hasta un máximo de cinco años

FUENTE: Elaboración propia.

3. REGULACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL

Con respecto al comiso (art. 127 C.P.) es una figura tradicional, funcional y lógica, pues su naturaleza está basada en impedir que los instrumentos y efectos que procedan del delito, tanto en fase de preparación como durante la ejecución, queden en manos de quienes hayan participado en el mismo, pasando al Estado. También hace este artículo referencia expresa al comiso de las ganancias provenientes del delito, independientemente de las transformaciones que hayan podido experimentar.

En ambos casos se establece como límite el que los efectos, instrumentos o ganancias hayan sido objeto de adquisición por un tercero de buena fe, que no haya participado en el delito, en cuyo caso el comiso no se llevará a efecto.

Otra modalidad de comiso es la reconocida en el art. 127.2 C.P.¹³⁹, dirigida hacia otros bienes pertenecientes a los criminalmente responsables.

¹³⁸ Tabla 4.

La finalidad del comiso por parte del Estado es garantizar, al menos en parte, las responsabilidades civiles derivadas del delito, para lo cual se venderán las que sean de lícito comercio y se les dará el destino reglamentariamente establecido a las que no lo sean (pudiendo ser objeto de destrucción o inutilización). En esta intención garantista se añade que en el supuesto de que las responsabilidades civiles hayan sido satisfechas, el Juez o Tribunal podrá decretar el decomiso total o parcial, dado que su finalidad de garantía ha desaparecido.

El art. 129 C.P. establece el catálogo de medidas accesorias distintas al comiso. Están dirigidas fundamentalmente a personas jurídicas, sin perjuicio de la responsabilidad criminal personal directa de quienes actúen como administradores de hecho o de derecho de una persona jurídica, que actúen en representación legal o voluntaria de otro (art. 31.1 C.P.). En este sentido la responsabilidad penal es siempre personal, por lo que no puede ser impuesta pena alguna a quien no ostente la cualidad de persona física.

¹³⁹ ARTÍCULO 127 C.P.

1. Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente.

El Juez o Tribunal deberá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas.

2. En los casos en que la Ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año por la comisión de un delito imprudente, el Juez o Tribunal podrá acordar la pérdida de los efectos que provengan del mismo y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito, cualquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar.

Por ello el art. 129 C.P.¹⁴⁰, al objeto de establecer consecuencias adecuadas para aquellas actividades ilícitas cometidas en el seno de personas jurídicas, reseña las consecuencias accesorias que pueden ser impuestas a empresas, asociaciones, organizaciones o fundaciones. Éstas están dirigidas a evitar que la infraestructura empresarial, comercial, industrial o logística pueda favorecer la comisión de nuevos delitos o ser utilizada para ello, pero también a limitar el ejercicio de actividades que se han revelado como “de riesgo” cuando han sido gestionadas por personas físicas determinadas. A tal efecto establece clausura o disolución de entidades colectivas, suspensión o prohibición de actividades realizadas en el seno de aquellas e intervención temporal de las mismas.

Su imposición precisa motivación en la sentencia y previa audiencia del ministerio fiscal y de los titulares o representantes legales, pudiendo ser acordada por el Juez durante la tramitación de la causa la clausura de la empresa, locales o establecimientos y la suspensión de las actividades (art. 129.2 C.P.), es decir, antes de que se haya dictado sentencia pues están orientadas a prevenir la continuidad de la actividad delictiva y los efectos de la misma (art. 129.3 C.P.).

La duración de las consecuencias accesorias, excepto las modalidades de comiso, son definitivas, temporales o ambas, entre estas últimas están las clausuras y la prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones o negocios. Las de carácter temporal son clausuras, suspensión de actividades, prohibición de realizar actividades en el futuro e intervención de la empresa, en cuyo caso se establece un plazo máximo de cinco años. Con carácter definitivo, la disolución de la sociedad, asociación o fundación.

¹⁴⁰ ARTÍCULO 129. 1. En caso de delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis de este Código, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en los apartados c) a g) del artículo 33.7. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita. 2. Las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos o faltas por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas.

Derecho fundamental afectado: las consecuencias accesorias afectan a una pluralidad de derechos, privando o restringiendo su ejercicio.

El comiso afecta al contenido en el art. 33 C.E.¹⁴¹, relativo a la propiedad privada, si bien esta privación queda justificada en atención al interés social pues se trata de bienes, instrumentos o ganancias cuyo destino es la indemnización por los perjuicios causados por el propio sujeto o bien garantizarla mediante propiedades o bienes de los que éste disponga.

El resto de consecuencias accesorias limitan o prohíben el derecho contenido en el art. 35 C.E.¹⁴², referente a la libre elección de profesión u oficio, estando justificada en atención a la credibilidad y confianza que el sujeto ha perdido como consecuencia de su conducta. No obstante se dirigen principalmente hacia personas jurídicas, en alusión directa a las garantías que han de regir las reglas de confianza en el mercado. También puede verse afectado el derecho de asociación reconocido en el art. 22 C.E.¹⁴³, si bien éste contiene

¹⁴¹ ARTÍCULO 33. C.E.

1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.
2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las Leyes.
3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las Leyes.

¹⁴² ARTÍCULO 35.C.E.

1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.

2. La Ley regulará un Estatuto de los Trabajadores.

¹⁴³ ARTÍCULO 22.C.E.

1. Se reconoce el derecho de asociación.
2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales.
3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad.
4. Las asociaciones solo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada.
5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar.

referencia expresa, en su punto segundo, a la ilicitud de aquellas asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito, las cuales son ilegales, por lo que su disolución definitiva queda plenamente amparada.

Reflexión crítica las consecuencias accesorias, al estar dirigidas fundamentalmente a personas jurídicas, pueden afectar a personas que no son responsables de la infracción penal sino que aun perteneciendo o colaborando con el ente objeto de sanción ni han participado ni colaborado en la comisión de las conductas ilícitas. Esto puede suponer una limitación para el desarrollo integral del ejercicio de sus derechos, sin embargo se ha presentado como inevitable su imposición para garantizar la seguridad previniendo la continuidad de las infraestructuras utilizadas para la actividad delictiva.

Otra crítica está dirigida a resaltar los numerosos problemas con respecto a su aplicación, pues salvo en el supuesto de entidades registradas y con una actividad solvente y conocida, gran parte de ellas pertenecen bien a complejos sistemas de ingeniería mercantil, que dificultan enormemente la detección de la dimensión de la verdadera red ilícita, o a organizaciones infracomerciales o industriales a las que no afecta la imposición de una pena accesoria por encontrarse en el límite o incluso al margen de de la legislación. También se ha de resaltar que no es infrecuente la reproducción automática de las actividades prohibidas bajo apariencia o dirección distinta.

Con respecto al comiso, resulta una pena accesoria necesaria y lógica desde un punto de vista legal e incluso ético, pues es un mínimo necesario para garantizar el resarcimiento de los perjudicados por las consecuencias del delito, al tiempo que priva al penado del disfrute de los bienes, instrumentos y ganancias utilizados o derivados del mismo.

CAPÍTULO V

LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD COMO SANCIÓN PENAL

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Partiendo de las palabras de Gudín¹⁴⁴, quien asevera que no puede existir un auténtico amor a la libertad sin que exista un paralelo respeto al orden; la seguridad que proporciona el orden nos permite alcanzar elevados niveles de independencia. Toda convivencia exige una ecuación entre estas dos variables libertad y orden-seguridad y, siguiendo con Bentham¹⁴⁵, cuando afirma que el objeto principal de las leyes es el cuidado de la seguridad.

Doctrinalmente se ha discutido si la seguridad es el valor máximo del derecho o lo es la justicia. Desde un positivismo extremo se ha sostenido que la seguridad es valor primario del derecho, la razón de ser del mismo, que surge precisamente para otorgar seguridad a los ciudadanos. La seguridad proporcionada por el derecho es el valor más urgente, *conditio sine qua non* de los demás valores¹⁴⁶. Peces-Barba habla de la seguridad como principio de organización¹⁴⁷, afirmando, además, que es un concepto complejo que evoca tranquilidad, ausencia de miedo y de violencia, pero que entronca también con servidumbre, con conformismo y con ausencia de iniciativa y de libertad¹⁴⁸. Sin entrar a establecer un recorrido histórico sobre el concepto de seguridad jurídica, sí se debe decir que en nuestra Constitución se recogen tres acepciones de la

¹⁴⁴ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Cárcel electrónica. Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 9.

¹⁴⁵ NÚÑEZ, T., *Ciencia social según los principios de Bentham*, Real, Madrid, 1835, p. 351, afirma que se trata de un bien inestimable, y que sin leyes no hay seguridad.

¹⁴⁶ SORIANO, R., *Valores jurídicos y derechos fundamentales*, Mad, Sevilla, 1999, p. 15.

¹⁴⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 161 y ss.

¹⁴⁸ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., "La seguridad jurídica desde la Filosofía del Derecho", *Anuario de Derechos Humanos*, nº. 6, 1990, p. 215. En otro sentido, BERKY, R., *Security and Society. Reflections on Law, Order and Polifics*, J. Rent y Sons Ltd, Londres, 1986; PÉREZ LUÑO, A.E., *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1994; P. 109. ARCOS RAMÍREZ, F., *La seguridad jurídica: una teoría formal*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 37-92.

seguridad jurídica: como principio general en el Preámbulo; como seguridad ciudadana en el artículo 17.1 de la CE, y como condición jurídica en el artículo 9.3¹⁴⁹.

A efectos de nuestro estudio, nos interesa concretar que analizaré la seguridad en los Centros penitenciarios. Considerando que es un derecho que, en éste caso, sólo puede predicarse de la persona que está sometida a la privación de libertad y está relacionado con el derecho a la integridad física y moral, y el derecho a la intimidad. Igualmente, conviene aclarar que, aunque la pena, y en su caso la pena de prisión, sea la forma más antigua de las sanciones por la comisión de un delito, no es la única, se permite la aplicación de medidas de seguridad¹⁵⁰. Pese a ello, no voy a centrarme en cuanto a la sustitución de la pena privativa de libertad por medidas de seguridad¹⁵¹ ni tampoco en la

¹⁴⁹ Ver a MARTÍNEZ ROLDÁN, L. y FERNÁNDEZ SUÁREZ, J.A., *Curso de Teoría del Derecho y Metodología jurídica*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 197; MARCOS DEL CANO, A.M., "La seguridad jurídica: su configuración actual", en VV.AA. *Teoría y metodología del Derecho*. Estudios en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba, vol. II, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" de la Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 770-771; FERNÁNDEZ SEGADO, F., "El derecho a la libertad y a la seguridad personal", *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº. 4, 2000, pp. 53-98; SEGOVIA, J.L., ÁLVAREZ JUANRRANZ, A., y VITORIA, A., *Otros caminos para la seguridad ciudadana: Análisis y propuestas sobre 120 personas reinseridas e indultadas*, Centro de Estudios Sociales de la Coordinadora de Barrios, Madrid, 2003, pp. 132-145.

¹⁵⁰ En nuestro Ordenamiento jurídico penal no se considera a la pena como única respuesta punitiva a la comisión de un hecho delictivo, sino que se acoge a un sistema dualista de sanciones penales, es decir, junto a las penas se prevé las medidas de seguridad. Frente a las teorías penales monistas propias del siglo XIX en las que consideraban a la pena como único medio de lucha contra el delito, surgiendo, en los siglos posteriores, la medida de seguridad como instrumento para afrontar la peligrosidad criminal de los delincuentes, fue Carl Stoos autor del proyecto del Código penal suizo de 1893, por influencia de la Escuela Positiva italiana, quien propuso las medidas de seguridad.

¹⁵¹ Para ello hay una amplia bibliografía, entre ellas ROCA AGAPITO, L., *El sistema de sanciones en el Derecho penal español*, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 97 y ss.

aplicación de una medida de seguridad diferenciándola de la pena¹⁵², sino a las medidas de seguridad llevadas a cabo en las Instituciones penitenciarias. En sentido singular, Grasso¹⁵³ sostiene que la distinción entre pena y medida de seguridad sólo puede comprenderse desde la óptica de la escuela clásica o, al menos, de aquellas orientaciones de la escuela clásica que asignan a la pena una función de retribución y/o prevención general y a la medida de seguridad, exclusivamente una función de prevención especial. Tal distinción aparece como “irracional y arbitraria”, tanto para los seguidores de la pena-fin como, *a fortiori*, para quienes, en la línea de la Escuela positiva, se inclinan por un sistema monista de medidas orientado a una función unitaria de defensa social y apoyado en una noción unitaria de sanción penal.

Tratándose de un derecho fundamental, analizaré una serie de situaciones y actuaciones llevadas a cabo en las cárceles por motivos de seguridad que, incluso, llegado el caso, pueden suponer una vulneración a la integridad moral y/o física del preso y una vulneración al derecho fundamental de la intimidad, como anteriormente he manifestado¹⁵⁴.

Por otro lado, se encuentran las “medidas penales” (art. 1 de la LOGP), y en razón del mismo podemos advertir que una medida penal es más extensiva que las medidas de seguridad. Recogida ésta en la Constitución, se puede entender que acoge a medidas asistenciales curativas y de rehabilitación que, en puridad, no son medidas asegurativas¹⁵⁵.

¹⁵² Para ello me remito a SÁNZ MORÁN, A.J., *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2003, o con anterioridad CUELLO CALÓN, E., *La moderna penología*, Barcelona, 1958, pp. 249 y ss.

¹⁵³ GRASSO, G., en ROMANO, GRASSO y PASOVANI, *Comentario sistemático del Código penal*, t. III, nº. marginal 4 a 7, Milán, 1994, pp. 356-358.

¹⁵⁴ DE CASTRO CID, B., *Reconocimiento de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1982, p. 227; PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1995, pp. 245 y ss.

¹⁵⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Funciones y fines de las instituciones penitenciarias”, en COBO DEL ROSAL, M., (dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M., (coord.), *Comentarios a la Legislación penal*, t. VI, vol. I, Edersa, Madrid, 1986, pp. 28-29, citando a GARCÍA VALDÉS, C. y BERISTAIN IPIÑA, A., *Comentarios a la legislación penitenciaria*, Cívitas, Madrid, 1982, p. 34. Aún así, García- Pablos considera que la terminología es poco acertada.

2. CONCEPTO DE SEGURIDAD

La seguridad es el sentimiento de protección frente a carencias y peligros externos que afecten negativamente la calidad de vida; en tanto y en cuanto se hace referencia a un sentimiento, los criterios para determinar los grados de seguridad pecarán de tener algún grado de subjetividad. En general, el término suele utilizarse para hacer referencia al conjunto de medidas y políticas públicas implementadas para guarecer a la población de sufrimiento de delitos, en especial de aquellos que pongan en riesgo la integridad física.

Definida la *pena* en el Capítulo correspondiente, resta aquí ver lo que se entiende por *seguridad* y la diferencia con la medida de seguridad. Partiendo de la concepción establecida en el Diccionario de la RAE, podemos afirmar que por *seguridad* se entiende o hace referencia a la calidad de estar seguro, libre de riesgo. Y, en el ámbito penitenciario, afirmamos que por *seguridad* en los Centros penitenciarios conforma aquel conjunto de medidas, preventivas, que la Administración penitenciaria dispone para asegurar la presencia física del preso en el Centro, evitando, por tanto, la fuga y evitando que los bienes jurídicos fundamentales de los presos sean atacados o puestos en peligro en el interior del Centro. Asegurando, en consecuencia, el buen orden regimental¹⁵⁶ y la convivencia ordenada y, finalmente, garantizar la incolumidad física de la prisión de potenciales ataques dirigidos desde el exterior¹⁵⁷.

Con esta perspectiva se debe subrayar el principio de que toda agrupación humana necesita un orden y una disciplina para hacer posible una convivencia ordenada y, la prisión, como agrupación humana que es, no puede constituir una excepción a tal principio¹⁵⁸. En suma, como afirma Garrido Guzmán, es

¹⁵⁶ Este buen orden también se encuentra regulado en las RPE concretamente en la Regla 49 viniendo a decir que debe de estar mantenido teniendo en cuenta las necesidades de la seguridad, el aseguramiento y la disciplina, garantizando siempre a los detenidos unas condiciones de vida que respeten la dignidad humana y ofertando un programa completo de actividades.

¹⁵⁷ TÉLLEZ AGUILERA, A., *Seguridad y disciplina penitenciaria, Un estudio jurídico*, Edisofer, Madrid, 1998, p. 91.

¹⁵⁸ GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual de Ciencia Penitenciaria*, Edersa, Madrid, 1983, p. 379.

fundamental la disciplina en los Establecimientos penitenciarios para el desarrollo de las demás actividades, como es fundamental que se consiga sin ninguna vejación ilícita, salvaguardando, en todo momento, los derechos humanos de los reclusos¹⁵⁹. A mayor abundamiento, Taft afirma que, la población de una prisión está compuesta en modo desproporcionado de hombres que han demostrado una escasa capacidad de autodisciplina. Por ello, la disciplina se convierte en el eje principal, no sólo de la convivencia en los establecimientos penitenciarios, sino de todo programa de tratamiento¹⁶⁰. Por su parte, Peces-Barba¹⁶¹ define la *seguridad* como la moral que hace posible la librada a través del Derecho, supone la creación de un ámbito de certeza, de saber a qué atenerse, que pretende eliminar el miedo y favorecer un clima de confianza en las relaciones sociales, entre los seres humanos que intervienen y hacen posibles esas relaciones.

En este sentido, y atendiendo a la Exposición de Motivos del Reglamento Penitenciario, recuerda que la privación de libertad puede generar grupos minoritarios de reclusos con un alto potencial de desestabilización de la seguridad y el buen orden de los Establecimientos penitenciarios. Además, para atender las necesidades de tratamiento e incentivar su adaptación al régimen ordinario, sus limitaciones regimentales son menos severas que las fijadas para el régimen de cumplimiento de la sanción de aislamiento en celda, por entenderse que el régimen cerrado, aunque contribuye al mantenimiento de la seguridad y del buen orden regimental, no tiene naturaleza sancionadora, sino que se fundamenta en razones de clasificación penitenciaria en primer grado. En sentido amplio, tanto la Ley como el Reglamento Penitenciarios establecen medidas de seguridad para el propio Centro¹⁶². Consecuencia de ello

¹⁵⁹ Como indica la Regla 52.2 de las RPE "Debe existir un protocolo para garantizar la seguridad".

¹⁶⁰ TAFT, B.D., *Criminology*, Nueva York, 1970, citado por GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual de Ciencia penitenciaria*, cit., p. 380.

¹⁶¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Lecciones de Derechos Fundamentales*, cit., p. 161.

¹⁶² Tener en cuenta los arts. 95 y ss., del CP que regulan las medidas de seguridad. Sobre estas cuestiones, RÍOS MARTÍN, J.C. y CABRERA CABRERA, P., *Mirando el abismo. El régimen cerrado*, Universidad Pontificia, Madrid, 2002; RÍOS MARTÍN, J.C., *Mil voces presas*, Universidad Pontificia, Madrid, 1998.

es el artículo 1 de la LOGP al afirmar que el fin primordial de las Instituciones penitenciarias es la reeducación y reinserción, es por lo que para llegar a tal fin, en muchos casos es imprescindible establecer medidas de seguridad.

Observamos, pues, que la medida de seguridad en las prisiones es consecuencia de una situación de peligrosidad¹⁶³. Afinando un poco más la cuestión, hay quien entiende -Gálvez- que el derecho de seguridad exige la interdicción de medidas privativas o restrictivas de la libertad sin las garantías adecuadas, en dicho sentido, la seguridad personal sería antecedente necesario y soporte de la libertad material¹⁶⁴. Para otros -Bueno Arús- “si la dignidad (derecho fundamental y fundamento a su vez de los demás derechos fundamentales de la persona, con arreglo al art. 10 de la CE) es límite de las actividades de orden y seguridad en los establecimientos penitenciarios, también el orden y la seguridad constituyen límites de los derechos fundamentales de los internos (con base en el art. 25.2 de la CE y en la LOGP), entre otros, en los siguientes casos: trabajo de los preventivos, régimen disciplinario, aislamiento en celda, permisos de salida, comunicaciones y visitas, visitas íntimas, tenencia de objetos en poder de los internos”¹⁶⁵.

Es por lo que los conceptos de *orden* y *seguridad* pueden ser interpretados a merced de cada caso. Desde una visión distinta, y trayendo a colación la historia, se encuentra Montesquieu¹⁶⁶, quien define la seguridad vinculándola a la libertad política, y defiende la libertad política de un ciudadano al sostener que es la tranquilidad de espíritu que proviene de la confianza que tiene cada uno en su seguridad: para que esta libertad exista, es necesario un gobierno tal que ningún ciudadano pueda temer a otro”. De otro lado, Aristóteles también se

¹⁶³ En este sentido, ALMAGRO NOSETE, J., *Derecho Procesal. El Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, p. 807.

¹⁶⁴ GÁLVEZ, J., “Artículo 17. Seguridad personal”, en ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentarios a la Constitución española*, Edersa, Madrid, 1984., p. 347.

¹⁶⁵ BUENO ARÚS, F., “La mirada penitenciaria”, en VV.AA., *Derecho Penitenciario y democracia*, Fundación El Monte, Sevilla, 1993, p. 139.

¹⁶⁶ MONTESQUIEU, *El Espíritu de las Leyes*, trad. de M. Blázquez y P. de Vega, Tecnos, Madrid, 1985, Libro XI, Cap. VI, p. 104.

plantea el problema de la seguridad o *aspháleia*¹⁶⁷, habla de un régimen mixto que lo designa con el nombre genérico de *politeia*, (república).

Para Reviriego Picón¹⁶⁸, la seguridad “es la lógica consecuencia de las propias funciones de las instituciones penitenciarias, retención y custodia de los detenidos, presos y penados, que exige la preservación del orden y la seguridad en el centro penitenciario”. Indica que “en líneas generales, como doctrina que cabría aplicar a las diferentes medidas de registro personal, habilitadas en sede legal, habría que reseñar lo siguiente: resultan necesarias en determinadas ocasiones; el objetivo pretendido con tales medidas es la protección de la seguridad y orden interno de un centro penitenciario, encontrándose justificadas aquéllas cuando se produzca una situación en el centro en donde existan amenazas, por el comportamiento de los reclusos, del orden y seguridad apuntados; no bastaría, por tanto, una mera invocación de protección de los intereses públicos, ni una genérica reseña de que son este tipo de comunicaciones el medio habitual de introducir sustancias u objetos en la prisión; conforme a la regla de proporcionalidad de los sacrificios debe existir una adecuada ponderación entre la medida y el derecho a la intimidad de los reclusos, pues han de emplearse los medios que lesionen en menor medida dicho derecho, no debiendo limitarlo más allá de lo estrictamente razonable; el Alto Tribunal se apoyaría aquí en la doctrina de La Comisión Europea de Derechos Humanos, y más concretamente en su Decisión de 15 de mayo de 1980, -caso *McFeeley y otros v. Reino Unido*-, en donde se consideró que medidas de registro personal, como la analizada por aquél, constituían un medio necesario en los casos en que existieran situaciones excepcionales en el centro penitenciario, con graves amenazas de su orden interno y su seguridad por el comportamiento de los reclusos”¹⁶⁹.

Entendemos, por consiguiente, por *seguridad* en un Centro penitenciario, un conjunto de medidas que la Administración penitenciaria practica para tener

¹⁶⁷ ARISTÓTELES, *Política*, trad. de C. García Gual y A. Pérez Jiménez, Alianza Editorial, Madrid, 1986, pp. 50 y ss., esta idea interesó a Platón pero como idea política.

¹⁶⁸ REVIRIEGO PICÓN, F., “Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales. Algunos apuntes sobre el derecho a la intimidad en los Centros penitenciarios”, *Derechos y Libertades*, nº. 13, 2003, p. 6.

¹⁶⁹ *Ibidem*, pp. 7-8.

“controlado” al preso, evitar disturbios, fugas, desorden, etc.¹⁷⁰ En suma, una medida de seguridad es la privación o restricción de bienes jurídicos aplicada en función de la peligrosidad del sujeto que ha cometido un hecho definido por la ley como delito, orientada a la prevención especial y aplicada por órganos jurisdiccionales¹⁷¹. O dicho de otro modo, son aquellas medidas de carácter preventivo-especial que se imponen a las personas inclinadas a la delincuencia, siendo la peligrosidad un concepto clave y su distinción con la pena¹⁷². Por otro lado, sería Bentham, quien trató de establecer las cárceles con la máxima seguridad posible, en su obra *Panóptico*, propuso un nuevo diseño para la arquitectura carcelaria teniendo como objetivo, el control y tratamiento de los reclusos. La base principal de la seguridad es la vigilancia, de manera que éstos se encuentren en cada momento dónde deben estar, por ello se lleva a cabo los recuentos para controlarles. Es por lo que, las medidas de seguridad en los Centros penitenciarios tienen como fin el impedir actos de violencia, evitar daños a otros presos o funcionarios o personal del Centro.

En consecuencia, se debe subrayar que la pena es defendida por la escuela clásica, por los retribucionistas, mientras que la medida de seguridad es sustentada por la escuela positiva, por el utilitarismo. En la actualidad, prácticamente no se prescinde la una de la otra como proponía Dorado Montero en su Derecho penal protector de los criminales¹⁷³. El acercamiento entre pena y medida de seguridad hace que se derogue el sistema dualista¹⁷⁴ y se instaure el

¹⁷⁰ Ver ARCOS RAMÍREZ, F., *La seguridad jurídica. Una teoría formal*, Dykinson, Madrid, 2000.

¹⁷¹ RACIONERO CARMONA, F., *Derecho Penitenciario y privación de libertad. Una perspectiva judicial*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 95, indicando que el elemento fundamental es la peligrosidad entendiéndose dos modos de la misma, la social, que se remite a la realización de hechos socialmente dañinos, y la criminal, que lo hace a la comisión de hechos calificados como delictivos.

¹⁷² *Ibidem*, p. 97; FALCÓN Y TELLA, M.J. y FALCÓN Y TELLA, F., *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p.118.

¹⁷³ FALCÓN Y TELLA, M.J. y FALCÓN Y TELLA, F., *Fundamento y finalidad de la sanción*, cit., p. 93, afirmando que en la actualidad existe una crisis del sistema de la doble vía.

¹⁷⁴ Conocido también como *sistema de doble vía*, fue introducido por Stoos. Este sistema hace que el juzgador tenga por un lado la vía de la pena basada en la culpabilidad del

sistema del nuevo monismo, el cual tiene como fundamento la aplicación exclusivamente de la pena o de la medida de seguridad pero, nunca de forma alternativa la una de la otra.

Al igual que el resto de los derechos analizados, éste también se encuentra regulado como derecho fundamental en las diversas legislaciones internacionales de relevancia. Así, por ejemplo, en el artículo 1 de la Declaración Americana de Derechos del Hombre: “Todo ser humano tiene derecho a [...] la seguridad de su persona”; artículo 3 de La Declaración Universal de Derechos Humanos: “Todo individuo tiene derecho a [...] la seguridad personal”; artículo 5.1. de La Convención Europea de Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a [...] la seguridad [...]”; artículo 7.1 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, proclamada por la Asamblea general de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1963: “[...] toda persona, sin distinción por motivo de raza, de color o de origen étnico, tiene derecho a la seguridad personal y a la protección del Estado contra todo acto de violencia o atentado contra su integridad personal cometido por funcionarios públicos, o por cualquier individuo, grupo o institución”. Ésta seguridad personal, que no es objeto de detalle, se refiere al derecho a un juicio justo e imparcial, derecho a no ser arbitrariamente arrestado ni detenido, derecho a la presentación de pruebas, derecho al *habeas corpus*, etc., recogida en el artículo 9.3 de la CE. En la Regla 33 de Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos dispone una serie de medios de coerción para llevar a cabo la seguridad en los Centros penitenciarios.

individuo, y de otro lado, la medida de seguridad en base a la peligrosidad. Recordemos que las teorías monistas son aquellas que parten de la idea de que exclusivamente a través de la pena se lleva a cabo la prevención, la lucha contra la delincuencia, mientras que las teorías dualistas defienden la idea de que junto a la pena se aplican otras medidas, en este caso medidas de seguridad. Este último es el sistema aceptado por el ordenamiento jurídico y por la mayoría de la doctrina. Aunque las penas y las medidas de seguridad son diferenciables, en la práctica cumplen la misma finalidad, la reeducación y la reinserción social como indica el art. 25.2 de la CE y el art. 1 de la LOGP. Los planteamientos dualistas pretenden ser un punto intermedio ente el iusnaturalismo y el positivismo.

Por lo que se refiere a nuestra legislación, aparece regulada en el artículo 17.1 de la CE junto con la libertad, precepto que dictamina que “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad”. Pero es García Morillo quien establece una diferencia entre los conceptos de libertad y seguridad, indicando que la seguridad se define negativamente como la ausencia de perturbaciones que restrinjan o amenacen la libertad, y la libertad, se define positivamente como facultad de organizar en cualquier momento y lugar la vida individual y social¹⁷⁵.

De otro lado y a efectos de nuestro estudio, interesa matizar que en nuestro ordenamiento jurídico no se encuentran una regulación específica en cuanto a la seguridad de los Establecimientos penitenciarios, el antecedente más inmediato es el Reglamento para las cárceles de capitales de provincia, aprobado por la RO de 25 de agosto de 1847 en el que se dedicaba un Capítulo a la policía de seguridad. Ya que en el Reglamento para el Orden y Régimen interior de los presidios del Reino de 1844 no se recogía una regulación específica de las medidas de seguridad, tan solo indicaba la necesidad del cacheo y del registro en el momento de ingreso en prisión. Con posterioridad, la Ley de Prisiones de 26 de julio de 1849, en su artículo 2, indicó que “En el régimen interior de las prisiones se comprende todo lo concerniente a su seguridad, salubridad y comodidad; su policía y disciplina; la distribución de los presos en sus correspondientes localidades, y el tratamiento que se les da”. En términos similares, se pronunció el RD de 5 de mayo de 1913, de Ordenanzas de prisiones españolas, en el reglamento penitenciario actual, se encuadra como una medida de organización general del Establecimiento penitenciario. De todo ello, se deduce que las medidas de seguridad van unidas a la propia esencia de las prisiones, se llevan a cabo con unos requisitos, por tanto, suponen una garantía para el preso, apoyándose en el principio de respeto de la dignidad de la persona.

¹⁷⁵ GARCÍA MORILLO, J., *El derecho a la libertad personal (detención, privación y restricción de libertad)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 29.

3. PRINCIPALES CONSTRUCCIONES DOCTRINALES

Al abordar el tema, se vislumbra una diversidad de tesis. Así un sector doctrinal -Liborio Hierro- defiende como formas de seguridad, la jurídica y la seguridad frente al riesgo, rechazándose esta última como derecho porque se considera que pertenece al derecho de la igualdad¹⁷⁶. En opinión de García Manrique¹⁷⁷ “la seguridad jurídica no debe considerarse ni como derecho humano ni subjetivo, sino que debe entenderse como eficacia de un sistema jurídico en tanto sistema normativo, la seguridad debe considerarse como el resultado que se obtiene de aplicar determinadas técnicas a diversos aspectos de la vida de las personas”. En este sentido, a mi juicio, la medida de seguridad da primacía a la seguridad mientras que la pena se justifica con la justicia¹⁷⁸. Otro sector de la doctrina -Falcón y Tella- diferencia entre los tipos de medidas de seguridad, las antedelictuales o predelictuales y las postdelictuales¹⁷⁹. Las primeras se aplican a individuos que aún no han delinquido, para evitar su probable tendencia a hacerlo, de manera que pueden predicarse este tipo para las personas reclusas; y las segundas a quienes han cometido un delito, en suma a los presos.

Aquí partimos de la idea de que todo ser humano tiene derecho a la protección de la vida, y, por ende, a la integridad física y moral, así como a la libertad. No es mi intención en este punto analizar con detenimiento las peculiaridades de la seguridad en sentido general ya que no existe una teoría general de las medidas, sino formular los posibles problemas que conlleva la aplicación de una medida en los Centros penitenciarios y, a veces, la necesidad inexcusable de las mismas. En nuestro ordenamiento jurídico, el tema de la seguridad ha llevado a la configuración de un sistema que los regule, en tal

¹⁷⁶ HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L., “Derechos humanos o necesidades humanas. Problemas de un concepto”, *Sistema*, nº. 46, 1982, pp. 45-61.

¹⁷⁷ GARCÍA MANRIQUE, R., “Entorno a la libertad, igualdad y la seguridad como derechos humanos básicos, acotaciones a Liborio Hierro”, disponible en www.cervantesvirtual.com, p. 388.

¹⁷⁸ En el mismo sentido, FALCÓN Y TELLA, M.J. y FALCÓN Y TELLA, F., *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 164.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 119; GARCÍA VALDÉS, C., *Teoría de la pena*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 20.

sentido el Código Penal establece medidas de seguridad privativas de libertad en su artículo 96.1, pero nada tienen que ver con las medidas de seguridad aplicadas en los Centros penitenciarios¹⁸⁰.

Estas medidas de seguridad se deben a la especial sujeción en la que se encuentra la persona privada de libertad¹⁸¹. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado que los presos se integran en una institución preexistente que proyecta su autoridad sobre aquellos, adquiriendo el estatus específico de individuos sujetos a un poder público que no es el que, con carácter general, existe sobre el común de los ciudadanos¹⁸². Como consecuencia de ello, un sector de la doctrina lo denominó con la expresión “poder domesticador” del Estado -González Navarro¹⁸³-. Además, parte de la doctrina -Reviriego Picón- considera que hay una devaluación de las previsiones del artículo 25.2 de la CE¹⁸⁴, por ejemplo, Téllez Aguilera¹⁸⁵ manifiesta que la devaluación deriva de la confusión entre los fines de la pena y los derechos que tiene el condenado. Su eventual configuración como tal derecho supone un revulsivo para la actuación de la Administración penitenciaria que se vería compelida a poner en funcionamiento verdaderos programas de tratamiento, superándose con ello una situación como la actual, en donde la pseudocientificidad de los mismos y la pasividad ante determinadas formas de delincuencia son patentes. Históricamente, como refiere la tesis determinista, los

¹⁸⁰ Para saber más sobre las medidas de seguridad establecidas en el código penal me remito, entre otros, a SÁNZ MORÁN A.J., *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, cit.; RACIONERO CARMONA, F., *Derecho Penitenciario y privación de libertad*, cit., pp. 93 y ss., en la que critica la regulación del mismo.

¹⁸¹ La primera reseña en cuanto a la sujeción la encontramos en la STC 74/1985, de 18 de junio, referente a un aislamiento de un recluso.

¹⁸² REVIRIEGO PICÓN, F., *Los Derechos de los reclusos en la Jurisprudencia Constitucional*, Universitas, Madrid, 2008, pp. 35 y ss.

¹⁸³ En este sentido, GONZÁLEZ NAVARRO, F., “Poder domesticador del Estado y derechos del recluso”, *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje a García de Enterría*, t. II, Cívitas, Madrid, 1991.

¹⁸⁴ REVIRIEGO PICÓN, F., *Los Derechos de los reclusos en la Jurisprudencia Constitucional*, cit., p. 41.

¹⁸⁵ TÉLLEZ AGUILERA, A., *Seguridad y disciplina penitenciaria, Un estudio jurídico*, cit., pp. 36-37.

individuos carecerían de libertad para actuar como lo hacen y, por lo tanto, no merecen ser castigados o, al menos, no con una pena, sino con una medida de seguridad¹⁸⁶.

Como ya indicábamos, las medidas de seguridad se caracterizan por la utilidad, surgiendo el utilitarismo *ex parte populi* que tiene como referencia el bienestar y la utilidad de los gobernados. Ésta constituye otra de las diferencias con las penas: mientras que éstas se basan en el concepto de justicia y las teorías absolutas, para las medidas de seguridad son la utilidad y las teorías relativas, con fundamento en las doctrinas humanitarias y utilitarias de la Ilustración¹⁸⁷. En un sentido crítico encontramos a Falcón y Tella que estima que en realidad no se trata de términos que se contradicen, sino que es necesario que vayan unidos en la realidad penal, y que la justicia abstracta se realice en cada caso concreto por la justeza -por la equidad- de las soluciones penales. Puede darse la “síntesis armónica entre la justicia y la utilidad, tan necesaria para la comprensión y realización de los fines de la sanción penal”¹⁸⁸. El utilitarismo, por tanto, cuestiona la idea de retribución del mal con otro mal y la consideración del castigo como un sufrimiento y un bien en sí mismo. En sentido crítico, se indica que dicho sufrimiento sería, a lo sumo, un medio para un bien, la enmienda del delincuente, la paz social, la intimidación cara a futuros actos delictivos¹⁸⁹. Son seguidores de las teorías relativas con justificación utilitarista y preventiva, Platón, Aristóteles, Hobbes, Locke, Montesquieu, Beccaria, Bentham, Filangieri, entre otros¹⁹⁰.

¹⁸⁶ FALCÓN Y TELLA, M.J. y FALCÓN Y TELLA, F., *Fundamento y finalidad de la sanción*, cit., p. 141. De manera similar, frente al indeterminismo absoluto o extremo se encuentra el indeterminismo débil, relativo o moderado que en base a la libertad humana admite la posibilidad de acciones condicionadas por motivos totalmente externos a la voluntad del agente. A juicio de estos autores, son las versiones eclécticas, intermedias o moderadas las únicas que tienen un sustento científico y son defendibles.

¹⁸⁷ *Ibidem*, pp. 164-165.

¹⁸⁸ *Ibidem*, pp. 146-147, nota a pie n. 68.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 148.

¹⁹⁰ Realiza una clasificación de las teorías con sus defensores AYO FERNÁNDEZ, M., *Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias. Manual de determinación de las penas y de las demás consecuencias jurídico-penales del delito*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 25-27.

En las medidas de seguridad, al igual que en la pena¹⁹¹, surgen las teorías de la prevención general y la especial. En cuanto a la prevención general, la máxima es encontrar la mayor utilidad para la mayoría formada por los no desviados, denominado por algunos como la “máxima felicidad dividida entre el mayor número”, tesis proclamada por Beccaria -siendo partidario de ella Bentham-, seguida, en consecuencia, de la máxima “toda pena que no derive de la necesidad es tiránica”, según Montesquieu¹⁹². En consecuencia, la teoría de la prevención general agrupa la doctrina utilitarista o relativa de la prevención general negativa o intimidación¹⁹³, en la que la sanción penal trata de disuadir mediante el ejemplo o la amenaza de la pena; y la prevención general positiva o de integración cuya finalidad es la llamada al orden. Sin entrar a cuestionar si la medida de seguridad como sanción penal realmente intimida, he de concluir con Cusson¹⁹⁴ que cuando a la hora de establecer unas máximas para la intimidación como son la jerarquía de las penas, el déficit penal, la duración del encarcelamiento, las multas y las medidas de seguridad, éstas no tienen un efecto intimidante notable, especialmente para los delincuentes reincidentes. Uno de los principales representantes de la prevención general negativa es Feuerbach, quien defiende que “el Estado tiene que servirse del medio a través del cual al ciudadano le resulte psicológicamente imposible dañar; mediante el cual le determine a no lesionar el Derecho, a no decidirse a ello [...]. El único medio que le queda al estado a disposición es mediante el sentido influir en el sentido, y superar la inclinación mediante la inclinación contraria, el móvil hacia el hecho con otro móvil de sentido contrario [...]”¹⁹⁵. Feuerbach ve en la pena un motivo *psicológico* para no

¹⁹¹ Las mencionadas teorías serán objeto de estudio en Capítulo posterior.

¹⁹² FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruíz Miguel, J.C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco, y R. Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1997, pp. 261-263.

¹⁹³ Son las únicas que no confunden el derecho con la moral.

¹⁹⁴ CUSSON, M., *Pourquoi punir?* Paris, Dalloz, 1987, pp. 117 y ss., citado de forma más detallada por FALCÓN Y TELLA, M.J. y FALCÓN Y TELLA, F., *Fundamento y finalidad de la sanción*, cit., p. 181.

¹⁹⁵ FEUERBACH, J.P.A., *Anti-Hobbes*, Huyesen, 1797, pp. 40 y ss., en sentido más amplio, lo encontramos en FALCÓN Y TELLA, M.J. y FALCÓN Y TELLA, F., *Fundamento y finalidad de la sanción*, cit., p. 187.

cometer delito considerando que le sigue un mal mayor a una infracción, una finalidad del efecto disuasorio con la *amenaza* de la pena. Justifica entonces, la imposición de la pena no por el hecho de causar un mal en otros sino solo por seguridad.

Y, por otro lado, agrupa la doctrina relativa a la prevención general positiva, bajo el fundamento de la conciencia social de la norma como asevera Hassemer¹⁹⁶, a través del aprendizaje. Para Mir Puig, se puede hablar de prevención general positiva incluyendo la intimidación toda vez que “[...] toda prevención general a través de una pena será inevitablemente intimidatoria, y afirmar lo contrario supondría un eufemismo gravemente ocultador de la realidad [...]”¹⁹⁷. Con esta perspectiva, considera que se debe dar la pretensión “moralizante” mediante un consenso social y no la mera imposición de la coacción, puesto que la prevención general y la especial tienden al mismo objetivo último, que se traduce en la evitación de los delitos como forma de proteger a la sociedad¹⁹⁸. En suma, tiene como idea la del mínimo sufrimiento a la minoría de sujetos desviados, al delincuente en concreto, es decir, a la reeducación y reinserción social del preso, teoría que será objeto de análisis en el Capítulo de la reinserción.

En conclusión, en las medidas de seguridad lo que más importa es la seguridad en sí. La seguridad es y debe ser garantía de la integridad física de los presos y trabajadores penitenciarios, constituye una obligación contraída por la Administración ante los ciudadanos para la vigilancia, custodia y reinserción social de penados. Es, también, y como contrapartida, un derecho de los ciudadanos que han sido condenados como garantía de su integridad física, de su reinserción y reeducación¹⁹⁹. Es por lo que la seguridad se identifica como el

¹⁹⁶ HASSEMER, W., “Prevención general y aplicación de la pena”, *Principales problemas de la prevención general*, trad. de G. Aboso, T. Low, Bdef, Buenos Aires, 2004, p. 52; del mismo, “Fines de la pena en el Derecho penal de orientación científico-social”, *Derecho penal y Ciencias sociales*, Bellaterra, Barcelona, 1982.

¹⁹⁷ MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, Bosch, Barcelona 1982, p. 32.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 39.

¹⁹⁹ MARÍN RÍOS, J.A. y DE PABLOS PÉREZ, J., *Seguridad en Centros Penitenciarios: (régimen cerrado)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p.9.

necesario ordenamiento para obtener una correcta convivencia de hombres en un espacio cerrado, lo que engloba medidas de seguridad atendiendo al medio arquitectónico del establecimiento, instalaciones de control y seguridad, y los medios humanos por parte de los funcionarios y resto de personal.

Con esta perspectiva, cabe subrayar que tiene un fin preventivo, en el sentido de evitar que el mismo delincuente u otros cometan delitos futuros (*ut ne peccetur*)²⁰⁰. Así, lo que aquí pretendo plasmar es que la *ratio* de las penas y de las medidas de seguridad privativas de libertad no es la misma, por lo que no debe ser igual la normativa a aplicar. Parte de la doctrina entiende que las medidas de seguridad se concretan en la idea de la prevención especial, se trata de evitar la comisión de nuevos hechos delictivos por parte del semiimputable o inimputable; mientras que las penas privativas de libertad abarcan un fin retributivo, el de prevención general, dirigido no sólo al autor de la infracción sino más bien a la generalidad de los destinatarios de la forma penal y el de prevención especial²⁰¹.

4. TIPOLOGÍA DE SEGURIDAD EN LOS CENTROS PENITENCIARIOS

4.1. CLASIFICACIÓN REGLAMENTARIA. SEGURIDAD EXTERIOR Y SEGURIDAD INTERIOR

El Reglamento penitenciario habla de dos situaciones en las que se tramita la seguridad, una seguridad exterior, que se puede entender referida a la fuga y preservar el Establecimiento de potenciales agresiones sufridas desde el

²⁰⁰ Es la pena finalista *-Zweckstrafe-*, frente a la pena retributiva *-Vergeltungstrafe-*. COTTINGHAM, J., "Varieties of Retribution", *Philosophical Quarterly*, nº. 29, 1979, pp. 238-246, citado por FALCÓN Y TELLA, M.J. y FALCÓN Y TELLA, F., *Fundamento y finalidad de la sanción*, cit., p. 165.

²⁰¹ ALARCÓN FRASQUET, M^a P., "Algunas consecuencias no deseadas del principio de legalidad respecto a las medidas de seguridad privativas de libertad", *El Juez de Vigilancia Penitenciaria y las medidas de seguridad*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 107.

exterior, teniendo la competencia las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas, y una seguridad interior²⁰², incluyendo en éstas últimas, medidas de seguridad como observación, recuentos, registros, cacheos, requisas, controles e intervenciones (art. 64 y ss. del RP), todo ello bajo el artículo 76.1 del RP que es el que regula el principio de seguridad al decir que “en los Establecimientos de régimen ordinario los principios de seguridad, orden y disciplina tendrán su razón de ser y su límite en el logro de una convivencia ordenada”.

Todas las medidas de seguridad deben estar regidas por unos principios que, atendiendo al artículo 71.1 del RP, son los principios de necesidad y proporcionalidad, los cuales se llevarán a cabo con el respeto debido a la dignidad y a los derechos fundamentales. Especialmente las que se practiquen directamente sobre las personas, es decir, la medida de seguridad se llevará a cabo cuando sea necesario no realizar medidas arbitrarias o carentes de justificación, con una proporcionalidad entre la intensidad de la medida y el fin de la misma, respetando la dignidad, como establece el artículo 23 de la LOGP²⁰³. En suma, las medidas, exclusivamente, se aplican cuando no existan otras medidas más adecuadas, debiendo ser proporcional al fin perseguido, respetando el principio de legalidad y el principio de la adecuación permitido, para conseguir el fin deseado. No obstante, estas medidas de seguridad deben de tener excepciones, así, a mi juicio, no se deben aplicar a determinados supuestos como en el caso de enfermos graves, reclusas en período de embarazo o lactantes, es por lo que una medida de seguridad nunca debe de aplicarse de manera general sino personalizada.

²⁰² Clasificación compartida por la mayoría de la doctrina, no se trata de dos clases distintas de seguridad, pues se parte de un concepto unitario de seguridad, se trata de dos manifestaciones de un mismo valor, TÉLLEZ AGUILERA, A., *Seguridad y disciplina penitenciaria*, cit., p. 97.

²⁰³ Que viene a decir que los registros y cacheos en los presos, sus pertenencias y locales, los recuentos, las requisas, se efectuarán con las garantías y periodicidad que reglamentariamente se determinen y dentro del respeto a la dignidad de la persona, llevándose a cabo medidas menos gravosas para los reclusos (dicho precepto sigue la doctrina del Comité de Ministros del Consejo de Europa en su Recomendación número 17/82).

Por su parte, en sentido crítico, Mapelli considera que la pena privativa de libertad y las medidas de seguridad están bajo el principio de legalidad, pero plantea el problema de si con la pena se ha logrado realmente lo que se pretendía, es decir, si pena y medida se imponen y se ejecutan con las mismas garantías, ya que las medidas se proyectan sobre el futuro mientras que las penas lo hacen hacia el pasado²⁰⁴. Estas medidas de seguridad se centran en la celda, en el módulo o galería y en el resto de dependencias dentro del Establecimiento penitenciario, ya que las cárceles presentan un catálogo de riesgos que se dividen en: riesgos derivados de los actos antisociales (agresión, vandalismo, robo, tráfico y consumo de drogas, amenazas de fuga y motines); riesgos derivados de las actividades del trabajo (agresión a funcionarios, secuestro, incluso agresión a internos que desarrollan actividades laborales para el Centro); riesgos técnicos (derivados del diseño, montaje y funcionamiento de los edificios o sus instalaciones generales o específicas de seguridad); y, por último, otros riesgos: biológicos (virus, bacterias, contagio de enfermedades, falta de higiene) o físicos (mal funcionamiento de instalaciones, electricidad, gases, etc.)²⁰⁵. Adentrándonos en el tema, el artículo 10 de la LOGP establece la primera medida de seguridad al indicar diferentes tipos de Establecimientos. Dice que “existirán establecimientos de cumplimiento de régimen cerrado o departamentos especiales para los penados calificados de peligrosidad extrema o para casos de inadaptación a los regímenes ordinario y abierto”.

Indicando en el apartado tercero del citado artículo que “El régimen de estos centros se caracterizará por una limitación de las actividades en común de los internos y por un mayor control y vigilancia sobre los mismos en la forma que reglamentariamente se determine”. Siendo ampliado tal precepto por los artículos 34 y 46 del RP. Recordemos que la pena privativa de libertad no es una medida de seguridad, sino una sanción por la comisión de un hecho delictivo. Una vez en prisión se llevan a cabo tales medidas, como la asignación de la celda, debiendo tener el mobiliario necesario y unas condiciones mínimas, es decir, cama,

²⁰⁴ MAPELLI CAFFARENA, B., “Las medidas de seguridad no privativas de libertad”, *Estudios sobre el Código penal de 1995, Parte general*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 418.

²⁰⁵ MARÍN RÍOS, J.A. y DE PABLOS PÉREZ, J., *Seguridad en Centros Penitenciarios: (régimen cerrado)*, cit., p. 10.

ventana, barrotes en las mismas, lavabo e inodoro y puerta sólida y segura. Posteriormente, la medida de seguridad, se centra en el patio y en las salas comunes²⁰⁶.

Ahora bien, hay quien opina que la primera medida de seguridad que se lleva a cabo es la medida privativa de libertad para las personas consideradas como peligrosas por cometer un hecho que sirve como presupuesto para establecer dicha medida de seguridad, medida que consiste, como he ido advirtiendo, en cumplir un determinado tiempo, fijado por un Juez en una sentencia, en Centros penitenciarios, comprendida como medida de seguridad más eficaz, al menos en principio, pues permite perseguir la prevención especial del delito a través de las dos vías tradicionalmente señaladas para el logro de dicha finalidad: el tratamiento personal del sujeto y su apartamiento de las circunstancias o situaciones que lo empujaron a la comisión del delito²⁰⁷. Medida de seguridad que no es regulada en el Reglamento Penitenciario, sino es lo previsto en el artículo 182.3 en el que se dice: "La Administración penitenciaria correspondiente celebrará los convenios necesarios con otras Administraciones Públicas o con entidades colaboradoras para la ejecución de las medidas de seguridad privativas de libertad previstas en el Código Penal".

4.2. MEDIDAS DE SEGURIDAD EN LA PRISIÓN

En este punto, analizaré las medidas de seguridad llevadas a cabo en todo Centro penitenciario. Medidas para establecer el orden y la convivencia; no como medidas alternativas a la privación de libertad sino como medidas practicadas y realizadas como consecuencia de la misma, pudiendo entrar en el conflicto de si se tratan realmente medidas de seguridad o son restricciones de la libertad. En cada una de ellas, se tiene presente al recluso, debiéndose

²⁰⁶ Para ver los medios de los que tienen que estar previstos, MARÍN RIOS, J.A. y DE PABLOS PÉREZ, J., *Seguridad en Centros Penitenciarios: (régimen cerrado)*, cit., p. 19 y ss., indicando también las condiciones de los rastrillos, puerta principal, control de acceso al recinto penitenciario, y sus alarmas de seguridad caracterizado por un sistema de instalación estático y un sistema móvil.

²⁰⁷ JIMÉNEZ VILLAREJO, J., *Aspectos generales*, *Estudios sobre el Código penal de 1995, parte general*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 354

realizar con total garantía de sus derechos, llevándose a cabo bajo reglamentación jurídica. Así las medidas, en cuanto a su nivel, variarán según el grado de amenaza que plantee cada recluso. En atención al artículo 3.4 de la LOGP, se impone como obligación a la Administración penitenciaria el velar por la vida y la integridad física de los reclusos. Pero, pese a esta obligación, dentro del sistema penitenciario existen una serie de actuaciones que han de llevar a cabo la Administración con el fin de detectar si los reclusos poseen objetos prohibidos o sustancias tóxicas que pongan en peligro la vida o la integridad física de los propios reclusos, o que puedan alterar la seguridad o el orden de los Centros penitenciarios.

Estas medidas consisten en la observación de los reclusos, los recuentos de la población reclusa y los registros, cacheos, requisas, controles e intervenciones. En este sentido, los registros a los reclusos, a sus pertenencias y a los locales que ocupen, los recuentos, y las requisas de las instalaciones del establecimiento, se llevarán a cabo con las garantías y con la periodicidad que se determinen reglamentariamente y dentro del respeto a la dignidad de la persona²⁰⁸. No supone garantía y, así lo establece el Auto 1490/2001, 19 de julio del JVP nº. 1: "Por tanto no puede acordarse un cacheo [...], requisa selectivo en razón exclusiva de tratarse de internos incluidos en el fichero de internos de especial seguimiento (FIES), pues esa inclusión no es razón suficiente de selección a efectos de cacheo y requisa conforme al texto literal de la propia instrucción reguladora de tal fichero un cacheo a los presos que integran el FIES puesto que entiendo que suponen una vida regimental distinta a la reglamentariamente establecida". Supone una vulneración a la integridad moral el que a un preso le consideren en situación distinta por estar incluidos en el fichero de FIES.

Los registros y cacheos de personas, ropas y enseres están previstos en el artículo 68 del RP como una forma habitual de control de la seguridad interior de los Establecimientos penitenciarios, sin establecer necesidad de una motivación específica para su realización, salvo que se trate de cacheos con desnudo integral en los que se exige que concurran unos motivos de seguridad concretos y específicos, además de ser autorizados por los Jefes de Servicio,

²⁰⁸ Art. 23 de la LOGP.

expresando las razones individuales y contrastadas que hagan pensar que el recluso oculta en su cuerpo algún objeto peligroso o sustancia susceptible de causar daño a la salud, a la integridad física de las personas o de alterar la seguridad o convivencia ordenada del Establecimiento²⁰⁹. Apoyándose en el artículo 71.1 del mismo texto legal para justificar la realización de los mismos²¹⁰.

De otro lado, estas medidas de seguridad hacia los presos para algún sector doctrinal se traducen en medios coercitivos, incluso es el término que utiliza el artículo 72.1 del RP, siendo el aislamiento provisional, la fuerza física personal, las defensas de goma, los aerosoles de acción adecuada y las esposas. Planteándose, en consecuencia, la doctrina la legalidad de los mismos -como es el caso de Téllez²¹¹-, siendo la tesis mayoritaria que estamos ante un *numerus clausus*, es decir, que por razones de seguridad se puede llevar a cabo tales medidas coercitivas²¹². En opinión contraria encontramos a Mapelli²¹³ que

²⁰⁹ AAJVP (Autos Juzgado de Vigilancia Penitenciaria) 1267/01, 3 de julio de 2001; de Málaga de 11 de noviembre de 1991, y de 30 de enero de 1997; STC 57/1994, de 28 de febrero, Fj. 6, viene a indicar que para que exista garantía constitucional a la intimidad personal de los reclusos, no es suficiente alegar una finalidad genérica de protección de un interés público, siendo preciso conectarla con el derecho a la intimidad de los reclusos, de manera que es preciso ponderar adecuadamente y de forma equilibrada la gravedad de la intromisión que comporta en la intimidad personal y, si la medida es imprescindible para asegurar la defensa del interés público que se pretende proteger. Ver la Orden de Dirección del Centro Penitenciario Puerto I, de 13 de febrero de 1995, caracterizada por ser un Establecimiento de régimen cerrado. REVIRIEGO PICON, F., "Intimidad corporal y cacheos con desnudo integral tras las comunicaciones íntimas de los reclusos a la luz de la STC 218/2002, de 25 de noviembre", *Revista General de Derecho*, nº. 2, 2003.

²¹⁰ El art. 71.1 del RP viene a dictaminar que las medidas de seguridad se regirán por los principios de necesidad y proporcionalidad y se llevarán siempre con el respeto debido a la dignidad y a los derechos fundamentales. Destacar en este aspecto, la STC 218/2002, de 25 de noviembre en la que un preso al salir de una comunicación íntima con su esposa, fue requerido para quitarse los calzoncillos y realizar flexiones en su presencia.

²¹¹ Para éste autor es legal, TÉLLEZ AGUILERA, A., *Seguridad y disciplina penitenciaria*, cit.

²¹² Es el caso de GRIJALBA, J.C., "Los medios coercitivos en los establecimientos penitenciarios", *La Ley*, 1489 (III), 1986, pp. 824-829; FERNÁNDEZ, J., "Los medios

suscribe que “no hay razones para excluir cualquier instrumental nuevo pensado como medio de coerción y no de lesión que sea más eficaz que los que se conocen actualmente”.

4.2.1. Observación de los reclusos

Es una manifestación de la seguridad en los Centros penitenciarios²¹⁴, el Reglamento indica que estará encaminada al conocimiento de su comportamiento habitual y de sus actividades y movimientos, dentro y fuera del departamento asignado, así como de sus relaciones con los demás reclusos y del influjo beneficioso o nocivo que, en su caso, ejercieren sobre los mismos. Si en dicha observación se detectarán hechos o circunstancias que pudieran ser relevantes para la seguridad del Establecimiento o el tratamiento de los internos, se elevarán los oportunos informes.

También hay que tener en cuenta la I 6/2006, de 22 de febrero, sobre el protocolo de actuación en materia de seguridad, destacando que la Administración penitenciaria tiene la función de velar por la vida e integridad de todos los presos y funcionarios, así como por la seguridad de los Centros a fin de lograr la retención y custodia y una convivencia ordenada. No hay que olvidar que, teniendo en cuenta la Constitución, las medidas de seguridad deben estar sometidas a principios básicos del Estado, principios constitucionales como el ya indicado artículo 25 de la CE, al unificar la pena privativa de libertad y las medidas de seguridad por una misma finalidad de reeducación y reinserción²¹⁵. Se trata de observar, conocer, prever y actuar, esta

coercitivos”, en BERDUGO, I. y ZÚÑIGA, L., *Manual de Derecho Penitenciario*, Colex, Madrid, 2001, p.255.

²¹³ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Bosch, Barcelona, 1983, p. 286.

²¹⁴ Ya venía regulada en el RD de 5 de mayo de 1913, en el art. 149.5 en el que se establecía como obligación del vigilante el observar y vigilar la conducta de todos los reclusos; el RP de 14 de noviembre de 1930, en el art. 34.3, precepto similar al RP de 1948 en su art. 49 y en el Reglamento de los Servicios de Prisiones de 2 de febrero de 1956 en el art. 83, así como en el RP de 1981 en el art. 76.

²¹⁵ Ver JIMÉNEZ VILLAREJO, J., “Las medidas de seguridad en el Código penal de 1995. Aspectos generales”, cit., pp. 345 y ss.

medida de seguridad de observación puede derivar en otras medidas como el cacheo²¹⁶, por lo que estamos en presencia de una medida que constituye el eje nuclear sobre el que gira la correcta actuación del Funcionario de Instituciones penitenciarias en esta idea insiste²¹⁷. La observación no requiere, necesariamente, que sea realizada de forma exclusiva mediante el contacto personal, se incluyen la observación telemáticamente²¹⁸.

4.2.2. Recuentos

A la hora de definir *recuentos* podemos entenderlos como aquella medida de seguridad o acto regimental orientado a verificar el número de presos que existen en las dependencias de los Centros penitenciarios, así como el estado físico de los mismos por si hay que efectuar alguna otra medida de seguridad accesoria. En relación con ella, también encontramos antecedentes en los distintos textos penitenciarios, así el artículo 98 de la Ordenanza General de Presidios del Reino de 1834 la establecía como obligación de los Ayudantes pasando lista, formándolos por brigadas²¹⁹. El RD de 5 de mayo de 1913 lo recogía en el artículo 107 y siguientes como función de los vigilantes acompañados de los Ayudantes, en el RP de 1930 lo encontramos en el artículo 27 como una práctica a llevar en las idas y regresos de los paseos, talleres, comida, escuela y asistencia a misa. En sentido similar, lo indica el artículo 41 del Reglamento de 1948.

El actual Reglamento viene a regular los recuentos en el artículo 67, estableciendo que se realizarán diariamente, pudiendo ser ordinarios y extraordinarios. El ordinario operaría como control de la población reclusa en los momentos de la jornada regimental que coincidan con los relevos del

²¹⁶ SSTC 204/2000, de 24 de julio y, 218/2002, de 25 de noviembre.

²¹⁷ TÉLLEZ AGUILERA, A., *Seguridad y disciplina penitenciaria*, cit., p. 101; TAVERA BENITO, E., "El funcionario de prisiones: pasado, presente y futuro", *Conferencia inaugural del Curso Teórico del Cuerpo de Ayudantes 1996*, pronunciada el 1 de abril de 1997 en el Centro de Formación de la Policía Nacional.

²¹⁸ Ver sobre este medio de control visual en Centros penitenciarios, BACHS NEBOT, J., "Objetivo: evitar las fugas", *Cuadernos de Seguridad*, octubre, 1993, pp. 61 y ss., citado por TÉLLEZ AGUILERA, A., *Seguridad y disciplina penitenciaria*, cit., p. 102.

²¹⁹ Ver, asimismo, el art. 109 del mismo texto.

personal de vigilancia, que se fijen en el horario aprobado por el Consejo de Dirección del Establecimiento penitenciario, realizándose con total rigurosidad, de modo que si el recuento se hace en el patio los reclusos se colocarán en fila o en columnas de uno o dos con la distancia suficiente entre ellos que permita al funcionario realizar el recuento con toda garantía, mientras tanto otro funcionario/os, observará atentamente con el fin de evitar que pudiera cambiarse de posición. Si el recuento se realiza en las celdas los presos han de colocarse de pie al fondo de las mismas. Los recuentos extraordinarios, se efectúan en horas que no corresponden a las fijadas por la Junta o la Administración, ordenadas por el Jefe de Servicios, comunicándolo a la Dirección, caracterizados porque ha de tener en cuenta la situación existente en el Centro o Departamento en que se haya de practicar la medida, junto al comportamiento de los reclusos afectados por la misma, efectuándose cuando existan sospechas de intento de evasión, cuando se advierta en la celda o en algún departamento algún ruido extraño, después de cualquier evento, o cuando se estime necesario²²⁰. Los recuentos ordinarios y extraordinarios se practicarán de forma que se garantice su rapidez y fiabilidad y sus resultados se reflejarán en un parte escrito suscrito por los funcionarios que los hubiesen efectuado, que se dirigirá al Jefe de Servicios²²¹. El reglamento actual sólo indica, en cuanto a la forma, que se practicarán de forma que se garantice su rapidez y fiabilidad.

²²⁰ MARÍN RÍOS, J.A., y DE PABLOS PÉREZ, J., *Seguridad en Centros Penitenciarios: (régimen cerrado)*, cit., p. 53 y ss.

²²¹ Ver el AA 1691/06, 21 de abril, JVP nº 2, Madrid, en el que se indica que no importa la denominación, sino el fin, que es comprobar el número de internos; 2793/2003, 25 de noviembre del JVP nº 2; 2009/05, 23 de junio de 2005, JVP nº 2; AAP de Madrid 2093/2002, de 23 de julio, que dice que “La postura de pie para recuento no es indigna y se justifica en la finalidad de identificación y seguridad. Pero en módulo de aislamiento carece de justificación en cuanto que el interno está perfectamente visible y no ha lugar a la confusión en su identidad”. Para plasmar la forma de llevar a cabo los recuentos a modo de resumen se exige que el preso *se ponga de pie*, (AJVP de Málaga de 16 de mayo de 1991, o de Zaragoza de 16 de diciembre de 1991; AAP de Las Palmas de 2 de julio de 1994 y AAP de Madrid de 30 de marzo de 1995) esta postura no es considerada como trato degradante por ser considerada de una postura que se adopta en otras situaciones de la vida social. Pero también encontramos resoluciones que no admiten ponerse en pie a pesar de que consideran que no constituyen trato degradante, en este sentido los AJVP de

4.2.3. Intervenciones

Es el artículo 70 del RP el que regula las intervenciones indicando que, se intervendrá el dinero, alhajas, u objetos de valor no autorizados, así como, los objetos que se entiendan peligrosos para la seguridad o convivencia ordenada o de ilícita procedencia. Tratándose de objetos peligrosos o prohibidos se procederá a su retirada, de la que se dejará constancia por escrito, salvo en los casos en que deban ser remitidos a la Autoridad judicial competente, así como cuando se trate de objetos de valor, en cuyo caso se les dará el destino previsto en el art. 317 de este Reglamento. Se ampara en el artículo 238 del susodicho texto legal, en cuanto al depósito de objetos y sustancias prohibidas. Desde esta perspectiva, es necesario situarnos dentro del contexto carcelario para entender que, mientras que un objeto es lícito en el exterior del Establecimiento penitenciario, no lo es dentro de él, por lo que, atendiendo al artículo 51 del RP, dichos objetos deberán ser recogidos de inmediato por el remitente, salvo que se descubran cuando éste ya no se encuentre en las inmediaciones del Establecimiento, en cuyo caso se notificará esta circunstancia al remitente en el domicilio que conste en el Libro correspondiente. Los artículos u objetos intervenidos quedarán almacenados hasta que sean reclamados, destruyéndose los productos perecederos.

Si se trata de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas se remitirán a la Autoridad sanitaria competente, notificándolo a la Autoridad judicial que corresponda. La intervención se realizará a efectos de que sea analizada para verificar que efectivamente se trata de drogas.

4.2.4. Medida de seguridad a través de los cacheos

El derecho al que afecta el cacheo como medida de seguridad es el derecho a la intimidad, derecho fundamental desarrollado con anterioridad y recogido en el artículo 18.1 de la CE. Resultando de gran trascendencia la STC 57/1994, de 28 de febrero que aborda el problema de la intimidad en los cacheos, indicando que no es suficiente aludir a intereses generales o públicos para que pueda

Tenerife de 12 de julio de 1991 y de Ceuta de 22 de octubre de 1991; y, colocarse al *fondo de la celda* (AJVP de Madrid de 25 de mayo de 1993).

restringirse el derecho fundamental, sino que sólo puede limitarse en la medida que la propia Constitución lo dispone, para preservar otros derechos o bienes jurídicos, atendiendo siempre al principio de proporcionalidad y respetando su contenido esencial, de otro lado, afecta al derecho fundamental de la integridad física, recogido en el ya indicado artículo 15 de la CE y, finalmente, al derecho a la libertad del artículo 17 de la CE, ya que los cacheos, como toda intervención corporal, presuponen la existencia de una persona detenida puesta a disposición de la autoridad.

Como antecedente histórico está el Reglamento para el Orden y Régimen interior de los Presidios del Reino de 5 de septiembre de 1844, en el que no existía una regulación específica de las medidas de seguridad, se limitaba al cacheo y registro en el momento del ingreso y la aplicación de hierros según la duración de la condena²²². Se trataba de una medida de seguridad llevada a cabo en todo Centro penitenciario, sin exclusión, fuese de hombres o mujeres, aplicándose con actuaciones adecuadas y necesarias, e incluso se encuentran sometidos a la tensión entre la sociedad con el interés de que se persiga el delito y los derechos del preso²²³.

Seguridad significa, entonces, no un derecho en sí, sino el conjunto de garantías de los derechos humanos y su cumplimiento efectivo. Supone, por

²²² Podemos ver el texto en TEIJON, V., *Colección legislativa sobre Cárceles, Presidios y Arsenales y demás establecimientos penitenciarios*, Madrid, 1886, pp. 527 y ss., citado por TÉLLEZ AGUILERA, A., *Seguridad y disciplina penitenciaria*, cit., p. 94, nota nº. 200, quedando su reflejo en la posterior Ley de Prisiones de 26 de julio de 1849, disponiendo en su art. 2 que, “el régimen interior de las prisiones comprende todo lo concerniente a su seguridad”.

²²³ *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 70; GIL HERNÁNDEZ, A., *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Colex, Madrid, 1995, pp. 33-37; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y RODRÍGUEZ RAMOS, L., “La intimidad corporal, devaluada”, *Poder Judicial*, nº. 14, 1989, pp. 123-130; GIL HERNÁNDEZ, A., “Protección de la intimidad corporal: aspectos penales y procesales”, *Revista General del Derecho*, Julio-agosto, 1996; del mismo, *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Colex, Madrid, 1995; GONZÁLEZ NAVARRO, F., “Poder domesticador del Estado y derechos del recluso”, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., (coord.), *Estudios sobre la constitución española: Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, vol. 2, Cívitas, Madrid, 1991, pp. 1054-1198.

tanto, protección de la persona humana frente a las detenciones arbitrarias o frente a formas de coacción o de torturas practicadas en los Centros penitenciarios contra los presos. Hay infinidad de jurisprudencia siendo respuesta de la vulneración que existe en las prisiones en cuanto a dicho derecho fundamental²²⁴. No obstante, también nos encontramos con sentencias que imponen sanciones a los reclusos por negarse a realizar actos que, pese a ser una vulneración a la integridad de la persona, son necesarios y amparados por las leyes²²⁵.

Es Cadalso el que ofrece una descripción de lo que se entiende por cacheo, aseverando que “es el cacheo operación expuesta y arriesgada. Es penosa y por todos conceptos desagradable y repulsiva, en cuanto a su ejecución. Es expuesta y arriesgada, porque los delincuentes la rechazan, y se resisten, y pugnan cuanto pueden porque no se les recojan los objetos que se buscan, ora por temor a que se les castigue, ora por no quedar desprovistos de aquellos que tanto cuidan y guardan [...]”²²⁶. En otro sentido, es definido por Ríos Martín como aquel acto destinado a descubrir si la persona presa oculta en su cuerpo o, entre sus ropas, sustancias prohibidas u objetos peligrosos²²⁷.

El cacheo se caracteriza por tratarse de una medida de seguridad de las funciones propias de las Instituciones penitenciarias, ya que en ellas se retiene y custodia al detenido, preso y penado, exigiéndose el orden y la seguridad en los

²²⁴ La citada STC 89/87, de 3 de junio.

²²⁵ La STC 204/2000, de 24 de julio impone una sanción a un recluso por negarse a un cacheo con desnudo integral, por lo que le despojaron de la prenda. El fallo de la sentencia reconoce la vulneración del derecho fundamental de intimidad personal. Hay muchas sentencias que establecen que después del vis a vis hay cacheos por si supone amenaza para la seguridad del establecimiento y en el caso de que se le encontrare algún objeto, es por tanto que se hace necesaria realizar la pregunta de ¿cuándo se debe considerar que existe amenaza para el establecimiento?; STC 37/1987, de 26 de noviembre, afirma que la intimidad no es un derecho de carácter absoluto por lo que puede llegar a ceder en ciertos casos ante exigencias públicas.

²²⁶ CADALSO, F., *Estudios Penitenciarios*, Madrid, 1893, pp. 160 y ss.

²²⁷ RÍOS MARTÍN, J.C., *Manual de ejecución penitenciaria, defenderse de la cárcel*, Colex, Madrid, 2007, p. 365; GARRIDO GUZMÁN, L., “Medidas de seguridad y vigilancia: registros, cacheos, recuentos y pesquisas”, en COBO DEL ROSAL, M., (dir.), *Comentarios a la Legislación Penal*, t. VI, vol. 1, Edersa, Madrid, 1986, pp. 365-369.

Centros, lo que se trata es de definir en qué puede consistir y en qué medida afecta al derecho fundamental de la intimidad de los reclusos.

Mención especial merece la aplicación de lo visto hasta ahora el fenómeno de los travestis en los Centros penitenciarios, es el AAP de Madrid 1006/1997, de 20 de octubre, el que vino a contemplar que “la condición de travesti no implica que se establezca un sistema, para las personas que ostentan esa condición, de cacheos diferente al que generalmente se aplica. No se discute su condición y nada se tiene en contra de ella, pero aún los Establecimientos penitenciarios no gozan de instalaciones propias, y con personal apropiado, para este tipo de reclusos. Los cacheos, se practicarán de forma general y en igualdad de condiciones para todos los reclusos y, por ello, no se observa ninguna anomalía en el efectuado al recurrente. No obstante, si se puede instar a los funcionarios para que en los casos, como el presente, esmeren su actuación para que no se sientan heridos en su sensibilidad los reclusos que ostentan esa condición alegada por el recurrente, de forma que obvien en lo posible aquellos tocamientos que no sean estrictamente indispensables, y sobre todo los dirigidos a ciertas partes del cuerpo”.

La jurisprudencia constitucional manifiesta que la Constitución garantiza la intimidad personal de la que forma parte la intimidad corporal, de principio inmune, frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona, cuyo sentimiento de pudor queda así protegido por el ordenamiento, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la comunidad²²⁸.

²²⁸ SSTC 37/1989, 15 febrero, Fj. 7; y, 57/1994, de 28 febrero, Fj. 6 viene a indicar que es indudable que una medida de registro personal de los reclusos puede constituir, en determinadas situaciones, un medio necesario para la protección de la seguridad y el orden. Y entre tales situaciones se halla aquella en la que existe una situación excepcional en el centro, con graves amenazas de su orden interno y su seguridad, lo que no excluye en modo alguno que la Administración penitenciaria, en correspondencia con su deber de velar por el orden y la seguridad de los establecimientos, pueda establecer los oportunos controles para impedir que las comunicaciones íntimas puedan ser ocasión de introducir objetos peligrosos o sustancias estupefacientes, con evidente riesgo para la salud y la integridad física de los internos, y para la seguridad y buen orden del centro. El Reglamento penitenciario sigue esta tesis; DÍAZ REVORIO, F., “La intimidad corporal en la jurisprudencia constitucional”, *Cuadernos Constitucionales de la*

Respecto a los cacheos integrales²²⁹, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional entiende que se trata de una medida, a veces, necesaria, sobre todo por la protección a la seguridad y al orden interno de la prisión, pero hay que hacerse la pregunta de si los cacheos integrales vulneran el derecho a la intimidad de los presos. Para entender que no la vulnera, la doctrina hace necesario justificar la realización del cacheo integral, justificar la conducta de los reclusos y los medios utilizados para la práctica. La forma de realizar los cacheos integrales es a través de funcionarios del mismo sexo que el preso, en lugar cerrado, sin la presencia de otros reclusos y preservando, en todo lo posible, la intimidad²³⁰. Son numerosas las resoluciones que establecen que, para llevar a cabo un cacheo, es obligatorio que a los presos se les facilite prendas como por ejemplo una bata²³¹. Para mayor abundamiento, también nos encontramos con sentencias tras una denuncia donde se degrada aún más la dignidad del preso, se aborda la intimidad y la tortura psicológica. En este sentido, cabe destacar la STC 57/94, de 28 de febrero, sobre la realización de un cacheo integral con flexiones, señala que, pese a que se está vulnerando el derecho a la intimidad, no supone un trato inhumano o degradante²³². Como ha declarado el TEDH, para que un trato merezca la calificación de degradante debe ocasionar al interesado, ante los demás o ante sí mismo, una humillación o envilecimiento que alcance un mínimo de gravedad y este nivel ha de fijarse a la

Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº. 20 y 21, 1997, pp. 169-180; FORCADA JORDI, M., "Las inspecciones o registros sobre la propia persona", *La Ley*, nº. 4, 1990, pp. 989-995.

²²⁹ Ver REVIRIEGO PICÓN, F., "Intimidación corporal y cacheos con desnudo integral tras las comunicaciones íntimas de los reclusos a la luz de la STC 218/2002, de 25 de noviembre", *Revista General de Derecho*, nº. 2, 2003; Instrucción 7/2006, sobre protocolo de actuación para la realización de cacheos con desnudo integral y la STC 57/2004, de 28 de febrero, sobre cacheos con desnudo integral.

²³⁰ Art. 68.3 del RP.

²³¹ AAJVP de Sevilla de 20 de febrero de 1990; de Madrid nº 2 de 29 de enero 1991; de Madrid nº 3 de 27 de diciembre de 1993; de Málaga de 13 de enero de 1994; de Zaragoza de 18 de enero de 1994; de Madrid nº 3 de 21 de junio de 1994; de Madrid nº 2 de 29 de julio de 1994 y de Puerto de Santa María de 22 de agosto de 1994.

²³² ARANDA ÁLVAREZ, E., *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales*, Derechos y Libertades, Dykinson, Madrid, 1994, pp. 467 y ss.

vista de las circunstancias del caso (Sentencia de 25 de febrero de 1982, asunto *Campbell y Cosans*).

No obstante, es a través de los Autos de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria cuando se han establecido una serie de requisitos a la hora de llevar a cabo los cacheos integrales, así destacan los siguientes criterios²³³: a) Fundamentación individualizada: su práctica debe estar motivada en situaciones concretas y específicas sin que puedan realizarse con carácter aleatorio; b) Necesidad: debe ser practicado sólo cuando las circunstancias concretas lo llagan imprescindible; c) Subsidiariedad: no debe utilizarse cuando exista la posibilidad de adoptar otras medidas menos gravosas para la intimidad del recluso; d) Proporcionalidad: en cada caso concreto su legalidad vendrá subordinada a que tal injerencia sea proporcionada a la situación que se pretenda resolver; e) Motivación: es una medida que debe adoptarse en un acuerdo argumentado y razonado; f) Excepcionalidad: no pueden constituirse en una práctica rutinaria sobre la que se asiente de forma general la salvaguarda del orden y la seguridad de la cárcel; y g) No tiene carácter disuasorio: no puede estar fundamentado en razones de prevención general convirtiéndose en un instrumento de disuasión frente a determinados grupos de presos²³⁴.

Según la jurisprudencia del TEDH²³⁵, para encuadrar una pena o trato en alguna de las categorías del artículo 3 Convenio de Roma de 1950 ha de atenderse a la intensidad de los sufrimientos infligidos a una persona. De conformidad con esa doctrina, las tres nociones recogidas en el artículo 15 de la CE, torturas, penas o tratos inhumanos, penas o tratos degradantes, son “nociones graduadas de una misma escala” que en todos sus tramos entrañan, sean cuales

²³³ Datos disponibles en el Diccionario Interactivo de Derecho Penitenciario, Universidad Complutense de Madrid.

²³⁴ Dichos puntos se desprende de los siguientes autos respectivamente: a) AAJVP de Soria de 15 de mayo de 1994; Valladolid de 21 de febrero de 1990; Madrid nº 1 de 13 de junio de 1991 y 29 de abril de 1994; b) AJVP de Málaga de 16 de noviembre de 1989; c) AAJVP de Málaga de 11 de noviembre de 1991 y 15 de marzo de 1994; d) A JVP, de 21 de febrero de 1990 y AAP de Cádiz de 28 de diciembre de 1994; e) AJVP de Coruña de 9 de marzo de 1995; f) AJVP de Coruña de 8 de marzo de 1995. Disponible en www.ucm.es/info.

²³⁵ Recogida en la STC 120/90, de 27 de junio, reiterada en 127/90, de 5 de julio y 137/90, de 19 de julio.

fueran los fines, “padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre, y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente”. Y, en particular, respecto al ámbito penitenciario, se ha dicho que para apreciar la existencia de tratos inhumanos o degradantes es necesario que éstos acarreen sufrimientos de una especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada una condena²³⁶.

De otra parte, el Tribunal ha declarado que, aunque una medida no pueda considerarse constitutiva de trato inhumano o degradante en razón del objetivo que persigue, ello no impide que se la pueda valorar como tal en razón de los medios utilizados. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional -Sentencia 57/1994, de 28 de febrero- insiste en que el contenido de la orden recibida no entraña que hubiera de producirse contacto corporal alguno con el sujeto pasivo por parte de otra persona, sino sólo que el recluso, contra su voluntad, se desnudara y, una vez desnudo, practicara varias flexiones. Sin que, de otra parte, la queja exprese la duración o el número de las flexiones que aquél debía llevar a cabo para poder inferir, por su prolongación, que éstas causarían un sufrimiento de especial intensidad. Ni tampoco, entre otras circunstancias relevantes, si el local donde habría de practicarse la medida era o no un espacio abierto del establecimiento penitenciario al que pudieran tener acceso terceras personas, tanto reclusos como otros funcionarios del Centro distintos de quien impartió la orden y, consiguientemente, presenciar su práctica.

Asevera que es indudable que una medida de registro personal de los reclusos puede constituir, en determinadas situaciones, un medio necesario para la protección de la seguridad y el orden de un establecimiento penitenciario. Y, entre tales situaciones, se halla ciertamente aquella en la que existe una situación excepcional en el Centro, con graves amenazas de su orden interno y su seguridad por el comportamiento de los reclusos, como se ha reconocido por la Comisión Europea de Derechos Humanos (Decisión de 15 de mayo de

²³⁶ SSTC 65/86, de 22 de mayo; 2/1987, de 21 de enero; 89/87, de 3 de junio y 150/91, de 4 de julio, entre otras.

1990, caso *McFeel y otros*) al declarar proporcionada a la finalidad perseguida una medida de registro similar a la aquí impugnada.

Para afirmar la conformidad de la medida enjuiciada con la garantía constitucional a la intimidad personal de los reclusos, no es suficiente alegar una finalidad de protección de intereses públicos, pues es preciso cohonestarla con el derecho a la intimidad de los reclusos. De manera que al adoptar tal medida es preciso ponderar adecuadamente y de forma equilibrada, de una parte, la gravedad de la intromisión que comporta en la intimidad personal y, de otra parte, si la medida es imprescindible para asegurar la defensa del interés público que se pretende proteger. En suma, se requiere la fundamentación de la medida por parte de la Administración penitenciaria, pues sólo tal fundamentación permitirá que sea apreciado el sacrificio del derecho fundamental.

Cuestión similar son los cacheos después de las comunicaciones, fundamentando la jurisprudencia constitucional que no puede considerarse justificación suficiente de la medida la simple alegación de que, en la generalidad de las prisiones, las comunicaciones íntimas son el medio habitual para que los internos reciban desde el exterior objetos peligrosos o estupefacientes; ya que, sin entrar a cuestionar la certeza de tal afirmación, basta reparar que sólo posee un carácter genérico cuando lo relevante a los fines de justificar una medida que limita el derecho constitucional reconocido en el artículo 18.1 de la CE es, por el contrario, que se hubiera constatado por la Administración penitenciaria que tal medida era necesaria para velar por el orden y la seguridad del Establecimiento, en atención a la concreta situación de éste o el previo comportamiento del recluso²³⁷.

Con esta perspectiva, se debe subrayar que la desnudez impuesta al preso ha de ponerse en relación con su intimidad en cuanto bien de la personalidad determinado por los valores dominantes en nuestra cultura sobre el recato corporal. Y en atención a estos valores, es indudable que, incluso, encontrándose en una relación de sujeción especial, una persona, contra su voluntad, no puede verse en la situación de exponer y exhibir su cuerpo desnudo ante otra persona, pues ello quebrantaría su intimidad corporal. Si bien ha de recordarse que no es éste un derecho de carácter absoluto, sino que puede verse limitado cuando

²³⁷ En este sentido, las SSTC 57/1994, de 28 de febrero y 218/2002, de 25 de noviembre.

existe la necesaria justificación, y esta limitación se produce en circunstancias adecuadas, y proporcionadas con su finalidad²³⁸.

Ahora bien, como pieza clave del entramado lo que interesa es si la medida practicada se hace conforme a la legalidad, si se realiza con los medios adecuados y la finalidad de preservar el orden de la prisión. Ciertamente es que, en muchos de los casos, las medidas de cacheos integrales se hacen necesarias atendiendo al historial del preso en cuanto a trapicheos dentro de la prisión, pero que se haga, ante todo, sin alterar la intimidad del preso y su dignidad, así como que no suponga una medida o intervención vejatoria²³⁹. El derecho fundamental a la integridad física y moral de los presos en los Centros penitenciarios, por tanto, va unido al derecho a la vida, a la seguridad personal, y en éste sentido se han pronunciado las distintas Declaraciones, de manera que

²³⁸ El AJVP de Málaga de 13 de enero de 1994, no ha admitido esta práctica. Otros, como el AJVP de Ciudad Real de 30 de mayo de 1995 ha afirmado la legalidad de los cacheos con desnudo integral al constituir una injerencia legítima en el derecho a la intimidad en base a las siguientes razones:

a) Existe cobertura legal (art. 23 de la LOGP) ante las necesidades de vigilancia y control tendientes a garantizar la custodia de los internos y la seguridad y el orden de la prisión (entran en juego intereses públicos y también los individuales del resto de los presos); b) La medida es necesaria en ocasiones para intentar extremar la comprobación sobre si el interno pudiese tener oculto algo en el cuerpo, concretamente objetos no metálicos no constatables por un aparato detector de metales (drogas, plásticos, mensajes); c) La medida no violenta la dignidad personal pues responde a necesidades de control y de ningún modo a intervención vejatoria; d) La medida no puede adoptarse arbitraria, caprichosa ni sistemáticamente, sino que habrá de estar fundada en cada caso concreto en específicas necesidades; e) existe proporcionalidad entre la limitación del derecho y el fin perseguido y, f) La injerencia en el derecho a la intimidad personal no va más allá de lo razonable, resulta justificada por la necesidad de preservar otros intereses legítimos (públicos e individuales) y es necesaria.

²³⁹ AAP de Madrid 120/2003, de 17 de enero, dictaminando que sólo deben hacerse por razones poderosas que se dirijan directamente a preservar otros derechos fundamentales o el respeto de reglas de convivencia, y limitando estrictamente al mínimo la duración y publicidad del cacheo y las molestias y humillaciones no buscadas pero inherentes al mismo; STC 218/2002, de 25 de noviembre; AAP de Madrid 1267/2001, de 3 de julio, "Los cacheos son fórmulas habituales de control en el interior de los centros penitenciarios y no requieren necesidad de motivación específica para su realización".

cualquier Declaración, Convenio o Constitución en aquellos artículos que menciona el derecho a la vida se entiende incluida la integridad física y moral e, indirectamente, la seguridad en los Centros.

El artículo 45.7 del RP reitera el criterio general del respeto a la intimidad de los comunicantes, pero establece la posibilidad de realizar cacheos con desnudo integral a los visitantes, por las razones y en la forma del artículo 68 del RP, previsto para los presos. Si los visitantes no se someten al cacheo, no se les permite la comunicación. Si analizamos los artículos de la LOGP y del RP donde se regulan los cacheos, nos podemos encontrar con una vulneración del principio de jerarquía normativa. Y, en el supuesto de llevarse a cabo, se atentaría al derecho a la intimidad y dignidad de la persona libre. La LOGP ni en el artículo 51 y siguientes, relativos a las comunicaciones, ni en el artículo 23, relativo a los cacheos de los presos, regula ni menciona los cacheos de los visitantes. El Reglamento, en sus artículos 18 y 68, se refiere al cacheo del preso, estableciéndose, en el artículo 69, los registros y controles de las personas autorizadas a comunicar con el preso, pero en ningún momento menciona que se realicen cacheos en su persona. El control que se utiliza habitualmente con los visitantes, es el arco detector de metales, ya que no pueden portar bolsos, ni paquetes, ni ningún objeto a la entrada o salida de la comunicación. Asimismo, se efectuará un registro y control de los vehículos que entren o salgan del Centro penitenciario, de los paquetes y encargos que los reclusos reciban o remitan, conforme a lo establecido en el artículo 50 del RP. Atendiendo al artículo 76.4 del RP, la Administración penitenciaria tiene la facultad de poder cachear a personas que no son consideradas reclusas, sino que se trata de personas que vienen a visitar a los mismos, siendo lícita, por tanto, la actuación de la Administración. Sobre este punto, ha existido alguna polémica en cuanto a los cacheos integrales a los familiares que acudían a visitar a los presos mediante los vis a vis²⁴⁰. En relación con ello, la normativa penitenciaria histórica fue clara a la hora de indicar la sujeción al régimen y a la disciplina²⁴¹.

²⁴⁰ AJVP nº 1 de Madrid, de 13 de junio de 1991; AAP de Huelva de 3 de mayo de 1990, AJVP de Zaragoza de 6 de febrero de 1991, entre otros.

²⁴¹ Art. 297 de La Ordenanza General de los Presidios del Reino de 14 de abril de 1834 “los presidiarios han de cumplir sus condenas en el presidio, con sujeción a su régimen y disciplina”.

En sentido amplio, es Mapelli²⁴² quien manifiesta que “todo este tipo de actividad rutinaria de control es de gran significación para el equilibrio psíquico del recluso y también para su resocialización”. Por ello, Garrido Guzmán²⁴³ mantiene que tales medidas han de llevarse en los supuestos, con las garantías y la periodicidad legalmente establecida, sin que sea posible ponerlas en práctica como medida de castigo o en respuesta a situaciones conflictivas. Puntualizando la cuestión, Mapelli propone la prohibición de cacheos regulares y periódicos²⁴⁴.

4.2.5. Medida de seguridad a través de las exploraciones radiológicas

Son efectuadas como consecuencia de las medidas de seguridad cuando se estiman necesarias. No obstante, en esta situación tampoco faltan las sentencias respecto del derecho fundamental de la integridad física y moral. A título ilustrativo, la STC 35/1996, de 11 de marzo, en la cual se analizaba su posible vulneración por la práctica repetida de sesiones de rayos X sobre un recluso. Después de reconocer que el derecho a la integridad física se podría ver afectado por actuaciones coactivas que, justificadas en normas de seguridad penitenciaria, pusieran en peligro la salud de los internos, el Tribunal Constitucional declara que “el peligro para la salud y la integridad física existe si las radiaciones utilizadas como medida de seguridad penitenciaria tuviesen lugar con excesiva intensidad, las sesiones fuesen excesivamente frecuentes y no separadas por el tiempo adecuado y se practicasen en forma técnicamente inapropiada o sin observar las garantías científicamente exigibles”²⁴⁵.

El Tribunal Constitucional consideró que las exploraciones radiológicas estaban justificadas por razones de seguridad, y se aplicaron de una forma

²⁴² MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 282.

²⁴³ GARRIDO GUZMÁN, L., “Medidas de seguridad y vigilancia: registros, cacheos, recuentos y requisas”, cit., p. 367.

²⁴⁴ MAPELLI CAFFARENA, B., “Tendencias modernas en la legislación penitenciaria”, VV.AA., *Derecho Penitenciario y Democracia*, Fundación El Monte, Sevilla, 1994, p.33.

²⁴⁵ Otras Sentencias representativas, SSTC 35/1996, de 11 de marzo; 299/2005, de 21 de noviembre; 23/2006, de 30 de enero, control por rayos X y, 196/2006, de 3 de julio, sobre cacheo y prueba pericial.

razonable utilizando como criterio las normas establecidas por la Organización Mundial de la Salud. El Auto de 2 de marzo de 1995 del Juzgado de Instrucción nº 2 de Vitoria establece que, una vez practicada la radiografía y constatada la existencia de cuerpos extraños, se deberán adoptar las medidas tendentes a su expulsión. En los supuestos que se trate de heroína o cocaína sólo cabe que se expulse de forma natural, ya que el uso de laxantes presenta el peligro de rotura del envoltorio y absorción masiva²⁴⁶. En consecuencia, la única medida que cabe adoptar es la del sometimiento a un régimen de aislamiento y vigilancia permanente hasta que el cuerpo expulse de forma natural la droga.

4.2.6. El aislamiento como medida de seguridad

Se trata de una sanción en base a la enumeración exhaustiva de sanciones aplicables que contiene el artículo 42 de la LOGP, desarrollado por el Reglamento en virtud del principio de legalidad de sanciones disciplinarias. Siendo la sanción disciplinaria del aislamiento la de mayor gravedad, en la medida que supone la separación del resto de los reclusos y del resto del tratamiento penitenciario. Supone un peculiar modo de incidencia sobre la esfera de la libertad personal de movimiento, que no sólo queda suprimida para el recluso, sino que especialmente lo es en unos términos de peculiar rigor en cuanto a la propia privación de libertad de movimientos adicionándose la restricción del mantenimiento, dentro del Establecimiento penitenciario, en una celda de seguridad que conlleva individualizada separación en el seno del propio mundo penitenciario. De suerte que la aplicación de esta drástica sanción disciplinaria comporta una aguda restricción espacial de la libertad de movimiento, en el marco de una situación penitenciaria que ya presupone básica privación de libertad de movimiento personal²⁴⁷.

²⁴⁶ Otros Autos representativos, AJVP de Badajoz de 28 de septiembre de 1989; de Málaga de 3 de noviembre de 1993; de Madrid nº 2 de 15 de junio de 1995.

²⁴⁷ POLAINO NAVARRETE, M., "Infracciones penitenciarias y sanciones disciplinarias", en COBO DEL ROSAL, M., (dir.) *Comentarios a la Legislación penal*, t. VI, vol. I, Edersa, Madrid, 1986, p. 601; del mismo, y en la misma obra "La sanción de aislamiento y sus condiciones de ejecución", pp. 629 y ss.

Se plantea por un sector doctrinal -Mapelli Caffarena²⁴⁸- que la sanción de aislamiento en celda implica directamente privación de libertad y por tanto sólo judicialmente puede imponerse, el carácter excepcional que le otorga la LOGP y el hecho de que sea aprobada por el Juez de Vigilancia cuando excede de 14 días (art. 76.2d) son garantías suficientes para resolver la inconstitucionalidad. De otro lado, se plantea que no se puede negar la posibilidad de que la Administración penitenciaria disponga de un régimen disciplinario (se refiere al aislamiento), pero éste no se deriva de ninguna relación de sujeción específica sino del cumplimiento de un fallo condenatorio. También se ha querido ver en el propio texto del artículo 25.2 de la CE la fundamentación de la teoría especial de sujeción. Allí se dice que el condenado gozará de todos los derechos fundamentales “a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio *el sentido de la pena* y la ley penitenciaria”. El *sentido de la pena* introduce un cierto punto de confusión en el texto de la norma constitucional. Es un término ambiguo que puede entenderse como “significado” y, en este caso, equivaldría a privación de libertad, o, como “fin” y, entonces, se estaría refiriendo a la “reinserción social y reeducación”. Nos inclinamos por esta última posibilidad ya que la otra está suficientemente recogida en los otros dos criterios restrictivos, es decir, en la Ley y en el fallo condenatorio. De ser así, no vemos posible apoyar aquí las relaciones de supremacía.

Su regulación específica se encuentra como corrección disciplinaria hacia los reclusos, en este sentido Polaino Navarrete²⁴⁹ manifiesta que “no ha de bastar la comisión de una falta muy grave, e incluso de cualquier falta grave, para poderse legalmente imponer la máxima sanción penitenciaria de aislamiento en celda, es preciso que la infracción disciplinaria cometida sea excepcionalmente

²⁴⁸ MAPELLI CAFFERENA, B., “El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional”, *Derechos y libertades*, t. I, Dykinson, Madrid, 1993, pp. 435 y ss., nota nº. 29.

²⁴⁹ POLAINO NAVARRETE, M., “Infracciones penitenciarias y sanciones disciplinarias”, en VV.AA., *Comentarios a la legislación penal. Ley Orgánica General Penitenciaria*, t. VI, vol. I, Madrid, 1986; del mismo, “Algunas observaciones críticas sobre el Ordenamiento penitenciario español”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 16, Madrid, 1982, p. 166.

grave, singularmente cualificada entre las infracciones de la máxima gravedad y además que la propia falta muy grave resulte, conforme a su naturaleza, compatible con alguno de los dos criterios legales de cualificación alternativa de la sanción penitenciaria: la manifestación de evidente agresividad o violencia, o bien la reiterada y grave alteración de la normal convivencia penitenciaria". Por su parte Asencio Cantisán proponía, en su comentario al antiguo Reglamento Penitenciario de 1981, que la sanción de aislamiento en celda se aplicara exclusivamente a las sanciones muy graves "en función de su especial gravedad y en concordancia con lo establecido en la Ley"²⁵⁰. A mayor abundamiento, García Albero aseveró que "se congratula de la mayor concreción del nuevo Reglamento en la disponibilidad de las sanciones a aplicar, así como de su duración, según se trate de faltas muy graves, graves o leves, reprocha del legislador que en el caso concreto de la sanción de aislamiento en celda ésta sea la única sanción prevista para las faltas muy graves"²⁵¹.

No obstante, es considerada, por parte de la doctrina -Mapelli Caffarena- como anticonstitucional por quebrantar la prohibición de que la Administración Civil pueda imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad²⁵², y por ser contrario al principio de resocialización de todo recluso²⁵³, cuestionándose, en consecuencia, la constitucionalidad de dicha

²⁵⁰ ASENCIO CANTISÁN, H., "Régimen disciplinario y procedimiento sancionador", *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº. extra 1, Madrid, 1989, p. 32.

²⁵¹ GARCÍA ALBERO, R.M., "Régimen disciplinario", en TAMARIT SUMALLA, J.M^a., SAPENA GRAU, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M^a. J., *Curso de Derecho Penitenciario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 234, reprocha del legislador que "en el caso concreto de la sanción de aislamiento en celda ésta sea la única sanción prevista para las faltas muy graves".

²⁵² MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., pp. 304 y ss., fue el primer autor en sostener esta tesis en la doctrina española. En la doctrina alemana, CALLIESS, R. P. y MÜLLER-DIETZ, H., *Strafvollzugsgesetz*, München, 1977, p. 206, consideran que el arresto disciplinario constituye un atentado a los principios fundamentales del Estado de Derecho.

²⁵³ Recordar la STC 2/1987, de 21 de enero al indicar que la sanción de aislamiento no constituye privación de libertad sino meramente un cambio en las condiciones de la prisión del preso, una mera restricción de la libertad ambulatoria dentro del Establecimiento añadida a la ya impuesta judicialmente, no siendo considerada, por

sanción al considerar que su aplicación vulnera lo dictaminado en el precepto 25.3 de la CE. Esta posición ha sido criticada por Rodríguez Alonso²⁵⁴ cuando asevera “cualquier medida regimental no sancionatoria de aislamiento podría merecer igualmente semejante calificación”, tomando como ejemplo el aislamiento por razones médicas (en caso de enfermedad infecto contagiosa), el aislamiento durante el período de ingreso, o el aislamiento por razones de seguridad personal (refugiado).

En contraposición, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 2/1987, de 21 de enero) sostiene que se produce a consecuencia de la especial relación de sujeción entre preso y prisión, teniendo como apoyo el Convenio de Roma de 1950 sobre salvaguarda de los derechos y libertades fundamentales y en Resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos de Estrasburgo²⁵⁵ al manifestar que “la libertad que es objeto del derecho fundamental resultó ya legítimamente negada por el contenido del fallo de condena, fallo que, por lo mismo, determinó la restricción temporal del derecho fundamental que aquí se invoca”.

Afinando un poco más la cuestión, el Tribunal concluye que “al estar ya privado de su libertad en la prisión, no puede considerarse la sanción como una privación de libertad, sino meramente como un cambio en las condiciones de su prisión”, supone “una mera restricción de la libertad de movimientos dentro del establecimiento añadida a una privación de libertad impuesta exclusivamente por Sentencia Judicial”²⁵⁶. Surge, por tanto, la teoría de

tanto como pena o trato inhumano o degradante, es decir, que no se puede privar de libertad al que ya está privado de la misma.

²⁵⁴ RODRÍGUEZ ALONSO, A., *Lecciones de Derecho Penitenciario adaptadas a la normativa legal vigente*, Comares, Granada, 1997, pp. 244 y ss.

²⁵⁵ La Comisión de Estrasburgo ha afirmado que “las condiciones normales de la vida en prisión no constituyen una privación de libertad con independencia de la libertad de acción de que el prisionero pueda gozar dentro de la prisión. De este modo, las medidas disciplinarias aplicables contra el que está cumpliendo una sentencia no pueden considerarse constitutivas de privación de libertad, porque todas las medidas son tan sólo modificaciones de su detención legal” (Dec. Adm. Con. Ap. 7754/1977, de 9 de mayo de 1977).

²⁵⁶ En la misma línea la STC 190/1987, de 1 de diciembre, Fj. 4. Comparte este criterio jurisprudencial, GARRIDO GUZMÁN, L., “Tutela judicial efectiva y asesoramiento de

inconstitucionalidad por algunos autores, el argumento que se defiende es que consiste en una sanción que implica privación de libertad y, por tanto, susceptible de ser impuesta, exclusivamente, por un órgano judicial. En la misma línea, Roig Bustos indica que no se puede privar de libertad a un preso que ya se encuentra privado de la libertad ya que “la sanción de aislamiento lo que realmente hace es precisamente privar de la poca libertad que le resta al preso”²⁵⁷.

En un sentido más amplio, se encuentra aquel sector doctrinal -Armenta o Rodríguez Ramírez- que entiende que la sanción de aislamiento en celda no supone más que una importante limitación de la libertad ambulatoria (restricción de movimientos) dentro del Centro penitenciario, pero sin que quepa considerarla como una privación de libertad sino como medida que conlleva una grave restricción de la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de la pena²⁵⁸.

Ahora bien, la concepción resocializadora de la prisión obliga a entender la ejecución en un proceso de recuperación social del penado, es decir, en un proceso de recuperación de los derechos fundamentales restringidos por la imposición de la pena²⁵⁹. Por su parte, Rivera Beiras defiende que “se pretende demostrar aquí que, pese a las declaraciones normativas que señalan que a los reclusos sólo se les ha de privar de su libertad, todos y cada uno de sus derechos fundamentales (a la vida, a la salud y a la integridad física y psíquica, a la defensa, al trabajo remunerado, al respeto de su vida privada, al secreto de su correspondencia, etc.) se encuentran “devaluados” en comparación con la

letrado de los reclusos en Instituciones Penitenciarias (Sentencia del Tribunal constitucional Núm. 2/1987, de 21 de enero)”, *Poder Judicial*, nº. 7, Madrid, 1987, p. 119.

²⁵⁷ ROIG BUSTOS, L., “La sanción de aislamiento en la celda en el derecho penitenciario español”, cit., p. 802, citado por RENART GARCÍA, F., “El sistema de sanciones en el régimen disciplinario penitenciario”, *Diario La Ley*, nº. 5476, t. II, 2002, pp. 1725 y ss.

²⁵⁸ Entre ellos destaca la tesis de ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V., *Reglamento Penitenciario comentado: análisis sistemático y recopilación de legislación*, Mad, Sevilla, 1999, p. 366.

²⁵⁹ RIVERA BEIRAS, I., *Tratamiento Penitenciario y Derechos Fundamentales*, Ponencia “Sistema penal y penitenciario y derechos fundamentales de los reclusos”, Bosch, Barcelona, 1994, p. 35.

tutela que poseen esos mismos derechos cuando los mismos se refieren a quienes viven en libertad". Aquí, se ve claramente como se ha construido un ciudadano de segunda categoría²⁶⁰.

Como señala Téllez Aguilera, "en términos jurídicos, la sanción no existe hasta que tal aprobación no se produce"²⁶¹, el medio coercitivo de aislamiento debe aplicarse atendiendo a los motivos que figuran en el artículo 45.1 de la LOGP²⁶². Debe comunicarse al Juez de Vigilancia inmediatamente²⁶³ explicando el supuesto que lo haya motivado, la relación circunstancial de los hechos, día y hora de la adopción de la medida, el informe médico, si la medida ha sido autorizada por el Director o si sólo se le ha comunicado, duración si ya ha cesado, y si se ha incoado un expediente disciplinario por los hechos. La duración debe ser el tiempo necesario para restablecer la normalidad evitando así el deterioro físico y psíquico del preso. Las sanciones de aislamiento se deben cumplir en celdas análogas a las ordinarias, conforme prescriben las disposiciones vigentes (art. 42.4 de la LOPJ), es decir, con el compartimento que habitualmente ocupe el preso²⁶⁴. La utilización de celdas ciegas, negras o de máxima seguridad²⁶⁵ está prohibida, porque carecen de luz y de ventilación y no cumplen

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 47.

²⁶¹ TÉLLEZ AGUILERA, A., *Seguridad y disciplina penitenciaria, Un estudio jurídico*, cit., p. 256.

²⁶² Dicho artículo viene a decir que solo podrán utilizarse aquellos medios coercitivos que se establezcan reglamentariamente para impedir actos de evasión o de violencia de los internos, para evitar daños a sí mismos, a otras personas o cosas y, para vencer la resistencia activa o pasiva de los presos a las órdenes del personal penitenciario en el ejercicio de su cargo.

²⁶³ Así lo establecen, los arts. 45.2 de la LOGP y 72 del RP, según este último, el responsable es el médico que haya firmado favorablemente el aislamiento, a quien le corresponde el inicial y continuado control de la aplicación de la medida.

²⁶⁴ Y por propia seguridad o por el buen orden del establecimiento, se le puede trasladar a una individual "de semejantes medidas y condiciones" (art. 43.4 de la Ley). Ver los arts. 253 y ss. del RP.

²⁶⁵ En este sentido, MUÑAGORRI, I., "El papel de las prisiones especiales de máxima seguridad en la política criminal española y europea" *CONTROL social del delito: críticas y alternativas*, Salhaketa, Bilbao, 1991; MARCHETTI, A.M., "Pauvreté et trajectoire carcérale", *Approches de la prison*, De Boeck Université, Bruselas, 1997; PIRES, A. P.,

las mínimas condiciones que el respeto de la persona exige²⁶⁶. Así como para la imposición de la misma ha de tratarse de la comisión de una falta muy grave o grave, en la que haya por parte del preso agresividad, violencia de forma reiterada y grave, alterando la normal convivencia en el Establecimiento.

Por su parte, Polaino Navarrete²⁶⁷ constata que “la garantía se asienta sustancialmente en las exigencias jurídicas proclamadas por los principios constitucionales que han de inspirar al Derechos sancionador”. El Reglamento penitenciario establece la posibilidad de suspender la ejecución de la sanción de aislamiento, en el artículo 256, en atención a los fines de reinserción y reeducación. En virtud de la jurisprudencia constitucional (STC 2/1987, de 21 de enero), no se trata de una sanción más de las que disponga las autoridades penitenciarias, sino que sólo debe ser utilizada en casos extremos ya que la misma supone limitar al recluso a una confinación separada caracterizada por tratarse de una celda cuyas condiciones y dimensiones no son las normales, privando y limitando la convivencia con otros reclusos asimismo de otros beneficios como la biblioteca, patio, etc.²⁶⁸.

LANDREVILLE, P. y BLANKEVOORT, V., “Système pénal et trajectoire sociale”, *Déviance et Société* nº. 5, 1981, pp.319-345.

²⁶⁶ Ver la Recomendación R (87) 3 del Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa, de 12 de febrero de 1987. Por su parte, la STS de 26 de octubre de 1989 proclama que la utilización de celdas ciegas está prohibida porque carecen de luz y de ventilación y no cumplen las mínimas condiciones que el respeto de la persona exige. Una ilustración de las condiciones de las celdas de castigo y de la severidad del régimen disciplinario español durante la vigencia del Reglamento de Servicio de Prisiones de 1956, en BERISTAIN IPIÑA, A., *El delincuente en el estado social de derecho (Coordenadas para una reforma penitenciaria)*, Madrid, 1971, pp. 23 y ss., y GARCÍA VALDÉS, C., *Régimen penitenciario de España*, Madrid, 1975, pp. 140 y ss. TÉLLEZ AGUILERA, A., *Seguridad y disciplina penitenciaria*, cit., p. 254, se refiere a la posibilidad de que la celda tenga una plancha agujereada en la ventana al objeto de que los internos no puedan pasarse objetos de ventana a ventana, lo que ha sido, admitido en el AAP de Cádiz de 16 de diciembre de 1994.

²⁶⁷ POLAINO NAVARRETE, M., *Estudios Penitenciarios*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1988, p. 211.

²⁶⁸ Otras sentencias y autos representativos son, las SSTC 129/1995, de 11 de septiembre; 128/1996, de 6 de noviembre; 157/2000, de 12 de junio; AJVP nº 2 916/1999, de 30 de junio y 2035/2003, de 16 de septiembre, por el JVP nº 1; AAP de

Supone, por tanto, una privación de derechos y deberes del preso, como la convivencia con el resto de los reclusos, el ejercicio de la actividad laboral, cultural, comunicaciones con el exterior, ver la televisión, escuchar la radio, restricción de visitas o de llamadas telefónicas. La justificación de este tipo de restricciones en los países escandinavos es por la necesidad de salvaguardar las pruebas y prevenir la confabulación o intimidación, siendo impuestas por la autoridad del Tribunal²⁶⁹. En lo que respecta a nuestra legislación, el aislamiento se produce por el grado de agresividad que tiene el preso durante un tiempo o un acto frente a funcionarios o frente al resto de los presos, por su peligrosidad o por ser considerados como inadaptados. Es un singular *modus* de cumplimiento de un régimen privativo de libertad, en cuyo ámbito se circunscribe al sancionado en una especie de limitación espacial individualizada, al reducirse al mínimo tolerable la esfera de su mismidad existencial en el plano de la ejecución penitenciaria de la privación de libertad²⁷⁰. El aislamiento recuerda a los sistemas celular y auburniano cuando se le privaba de libertad a través del aislamiento temporal de la sociedad para que llevase a cabo una reflexión individualizada y subsanase su comportamiento, repito, que “recuerda” pero, no se consideró lo mismo puesto que, en este caso, el aislamiento es un contenido adicional de la pena privativa de libertad.

En estos casos, el Comité ha señalado que el aislamiento en solitario puede agravar un tratamiento inhumano o degradante. Es por lo que creo que cualquier medida de aislamiento en un Centro penitenciario debe ser realizada bajo una autorización judicial y especialmente autorizada, justificada y examinada, debiendo ser aplicados, dichos aislamientos, por un periodo corto

Madrid 2520/2002, de 27 de septiembre; AAP de Madrid 2093/2002, de 23 de julio; AAP de Baleares 343/2007, de 11 de septiembre, y la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala Contencioso, de 8 de marzo de 2007, entre otras.

²⁶⁹ CRUZ ROS, J., *El Comité para la prevención de la tortura*, cit., p. 50. Lo corrobora, FERNÁNDEZ GARCÍA, J., “El régimen disciplinario”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (coords.), *Manual de Derecho Penitenciario*, Colex, Madrid, 2001, pp. 300 y ss.

²⁷⁰ POLAINO NAVARRETE, M., “La sanción de aislamiento y sus condiciones de ejecución”, en COBO DEL ROSAL, M., (dir.) *Comentarios a la Legislación penal*, t. VI, vol. I, Edersa, Madrid, 1986, p. 631.

de tiempo. En opinión de Lacaci²⁷¹, todo individuo que ingresa en prisión, excluyendo a los reincidentes, experimenta una de estas dos reacciones psicológicas: a) una reacción de sobrecogimiento o temor, en que el sujeto a su ingreso en prisión se encuentra inhibido con reacciones psicósomáticas a cámara lenta, existe un desinterés y falta de gana por cuanto le rodea, se establece una anorexia psíquica, existe un sentimiento de culpabilidad y autoreferimiento, b) una reacción psicomotora con tendencia a la agresividad y a la violencia, se sienten ultrajados, humillados, suelen decir que se ha cometido un atropello con ellos, destruyen y agreden a cuantos encuentran en su camino. Para cada uno de estos grupos de presos se proponen una serie de medidas de higiene mental que pueden controlar y reducir dichas reacciones vivenciales. Trasladando estas sensaciones al caso de un aislado, las consecuencias se agravan.

El aislamiento en las llamadas, comúnmente, *celdas negras* o *celdas de castigo*, es una medida de seguridad, un régimen sancionador, en definitiva, una disciplina que va encaminada a una convivencia ordenada dentro del Centro penitenciario. Ya he señalado que, ante cualquier desorden en las Instituciones penitenciarias, se realiza una serie de castigos físicos o corporales (tratándose de evitar, puesto que estaríamos en un supuesto de tortura), y de castigos psicológicos, porque, realmente, el aislamiento supone suprimir el contacto con la prisión y con su entorno²⁷². Sin olvidar, que se debe procurar que el recluso cumpla de forma adecuada su estancia, y que la finalidad de la prisión además de la reinserción, es garantizar la convivencia ordenada dentro de la misma. Se trata, por tanto, de una medida preventiva basada en la separación del recluso en cuestión del resto del grupo en un tiempo mínimo, pero el necesario para restablecer el orden. Pudiéndose ser considerada, tanto como medida de seguridad como sanción administrativa penitenciaria. Dicha medida de seguridad se ha llevado a cabo a lo largo de la historia penitenciaria, lo que demuestra para muchos ciudadanos y para el sistema penitenciario que se trata de un procedimiento que en cuanto a técnica y éticamente es correcto. Mas no por ello faltan las teorías para los que tratan de demostrar que el aislamiento

²⁷¹ LACACI, R., "La higiene mental. Su importancia para la prevención de las enfermedades mentales", *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº. 163, 1963, pp. 714 y ss.

²⁷² No es considerada como uno de los supuestos de tortura o pena inhumana o degradante según la STC 2/1987, de 21 de enero.

es un método ineficaz, contraindicado y moralmente perverso contrario a la dignidad del preso²⁷³.

Conviene no confundir el aislamiento con lo que se denomina *régimen cerrado* o *primer grad*²⁷⁴ previsto en el artículo 10 de la LOGP, que se presenta como la medida de carácter excepcional (STC 143/1997, de 15 de septiembre) de mayor rigurosidad por cuanto implica una mayor limitación del ya sustancialmente restringido status *libertatis*, éste supone un estatuto jurídico del recluso, con el resultante de la aplicación de la sanción disciplinaria de aislamiento. Aquí se observa una notable diferencia cualitativa: mientras la sanción constituye siempre el resultado de acciones antijurídicas y culpables del recluso, en el régimen cerrado el origen se encuentra en actitudes o formas de conducta que exigen ser valoradas, lo que no acontece en el supuesto sancionador cuyo cumplimiento es inmediato salvo que medien obstáculos procesales o circunstancias de índole personal²⁷⁵. Por otro lado, la duración del aislamiento varía en ambos supuestos precisamente por perseguir objetivos distintos pero, debido a la gravedad, conlleva la exigencia de determinar legalmente el límite de ese aislamiento. La sanción disciplinaria concluye con el transcurso del tiempo establecido en el acuerdo sancionador; mientras que el internamiento en régimen cerrado es indefinido por cuanto que “la permanencia de los internos destinados a estos centros será por el tiempo necesario hasta tanto desaparezcan o disminuyan las razones o circunstancias que determinaron su ingreso”, (art. 10.3 de la LOGP). Lo que, por cierto, ha sido considerado por un sector de la doctrina -Juanes Peces- como una auténtica sanción encubierta,

²⁷³ *El Aislamiento en Prisión*, Jornada de Debate Abierto e Información sobre: El aislamiento en prisión, Iberdraf Industrial, Madrid, 2001, p. 1.

²⁷⁴ Ver, entre otros, a AYMERICH CANO, C. I., “Régimen cerrado y cárceles de máxima seguridad. Una reflexión desde el Derecho Administrativo”, publicado en *@dministración, Ciberrevista de Derecho Administrativo*, nº. 10, 1999; RÍOS, J., y CABRERA, P., *Mirando al abismo. El régimen cerrado*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2002.

²⁷⁵ En ese sentido, MAPELLI CAFFARENA, B., “Consideraciones en torno al art. 10 de la LOGP”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº. extra 1, 1989, p. 128.

atendiendo a las circunstancias en que se desarrolla y, en consecuencia, adoptada al margen de la legalidad²⁷⁶.

La Orden Circular de la DGIP, de 2 de agosto de 1991, sobre Normas Comunes Tipo para internos clasificados en primer grado de tratamiento o con aplicación del régimen del artículo 10 de la LOGP, contiene una aplicación de la medida de aislamiento. La mencionada norma dictamina que “la medida de aislamiento impugnada en el presente proceso constitucional afecta al derecho a la libertad proclamado en el art. 17 de la CE. En efecto, aunque no pueda afirmarse que la medida de aislamiento en celda sea, en rigor, privativa de libertad si que se constata que en el aislamiento prolongado se suprimen de modo evidente otras manifestaciones remanentes de la citada libertad. El penado sometido a un régimen de vida regido en su casi totalidad por el aislamiento ve restringida su ya extraordinariamente limitada esfera vital a un ámbito aún más reducido. Por ello, una medida de aislamiento de la índole de la cuestionada (veintidós horas diarias), al afectar a la libertad, solo resultaría admisible ex art. 25.2 de la CE si tiene cobertura en una ley”.

La jurisprudencia consolidada del Tribunal Constitucional, lo ha calificado como “una grave restricción de la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de la pena”²⁷⁷. Se sustenta que “al estar ya privado de su libertad en la prisión, no puede considerarse la sanción como una privación de libertad, sino meramente como un cambio en las condiciones de su prisión. No es sino una mera restricción de la libertad de movimientos dentro del establecimiento añadida a una privación de la libertad impuesta exclusivamente por sentencia judicial”²⁷⁸. “Si bien es cierto que el interno de un establecimiento

²⁷⁶ JUANES PECES, A., “Constitucionalidad de la medida de aislamiento en celda aplicada en virtud del artículo 10 de la Ley General Penitenciaria y de la Circular 2470/92 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias”, *Jueces para la Democracia*, nº. 23, 1994, pp. 33 y ss.

²⁷⁷ En este sentido las SSTC 74/1985, de 18 de junio, Fj.4; 297/1993, de 18 de octubre; 97/1995, de 20 de junio; 129/1995, de 11 de septiembre, ésta recuerda que la legislación penitenciaria ha asegurado la judicialización de la ejecución de las penas, a través del sistema de control judicial, y cuyo adecuado funcionamiento no es sólo garantía de conformidad a la Ley en la actividad penitenciaria, sino también de la protección de los derechos fundamentales de los delincuentes; y, 195/1995, de 19 de diciembre.

²⁷⁸ SSTC 143/97 de 15 de septiembre; 2/1987, de 21 de enero, Fj.3.

penitenciario se ve privado en lo primordial de su libertad -lo que deja fuera del art. 25.3 de la CE ulteriores restricciones de la misma, a las que ya no puede denominarse propiamente, en ese sentido, "privaciones", ello no comporta que su nuevo *status libertatis* -modificado, pero no suprimido- no integre el ámbito del art. 17 de la CE y que, en consecuencia, las restricciones relevantes del mismo no hayan de tener la adecuada cobertura legal que requiere el art. 25.2 de la CE para poder limitar los derechos fundamentales del Capítulo Segundo del Título Primero de la Constitución".

En suma, el régimen cerrado supone un mayor control y vigilancia a que se ven sometidos los clasificados en este grado y por la limitación de las actividades en común, y, fundamentalmente, por su cumplimiento en régimen de aislamiento²⁷⁹.

Nos encontramos ante disposiciones diferentes aunque presenten en común la aplicación de un régimen de vida marcado por el aislamiento, encontrándose en Títulos diferentes: el régimen cerrado en el Título Primero relativo a los Establecimientos y medios materiales; el aislamiento en el Título Segundo referido al régimen penitenciario, asimismo aquél es acordado por el Centro Directivo previa propuesta razonada de la Junta de Tratamiento previo informe del Equipo Técnico²⁸⁰; mientras que el aislamiento es impuesta por la Comisión Disciplinaria. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional mantiene que el régimen cerrado es el más riguroso y el que implica una mayor limitación del ya sustancialmente restringido *status libertatis*, por lo que la legislación penitenciaria confiere a su aplicación un carácter excepcional. Por ello, la aplicación del mismo se ha de reservarse en aquellos supuestos en los que los fines de la relación penitenciaria no puedan ser obtenidos por otros medios menos restrictivos de derechos, afectando tal medida a otros derechos como al secreto de las comunicaciones. Desde este punto de vista, para Jellinek el *status libertatis* constituye el núcleo de los derechos personales que son inherentes a toda persona e inviolables porque son los elementos esenciales para el desarrollo integral de la personalidad, que, como señala también nuestra Constitución, en todo caso, deberán ser respetados durante la ejecución de la

²⁷⁹ RENART GARCÍA, F., "El sistema de sanciones en el régimen disciplinario penitenciario", *Diario La Ley*, nº. 5476, t. II, 2002, pp. 1725 y ss.

²⁸⁰ Arts. 10 de la LOGP y 92 del RP.

pena²⁸¹. No obstante, el aislamiento en celdas es una sanción que directamente implica privación de libertad, pero ¿podría ser inconstitucional si la impone una Administración penitenciaria o judicialmente? La Administración penitenciaria, sólo está legitimada para limitar los derechos fundamentales que no pueden hacerse en un estado de privación de libertad.

En lo que se refiere a la realidad del aislamiento en las prisiones, la vida en estos módulos se limita a estar en la celda 22 horas al día y salir 2 horas a un pequeño patio²⁸², hay que entender que el preso conserva el derecho que reglamentariamente le corresponda a recibir visitas pues, de lo contrario, opina, con razón, García Albero ²⁸³ “supondría añadir una sanción diversa a la ya impuesta”. Normalmente, el preso realiza estos paseos sólo o en compañía de otro preso, dependiendo del número de reclusos que se encuentre en las celdas de aislamiento, no teniendo derecho a realizar cualquier otra actividad. No existe la posibilidad de relacionarse con ningún otro preso y habiendo limitación en las comunicaciones orales²⁸⁴, afecta a uno de los principales elementos del proceso resocializador, el contacto con el mundo exterior²⁸⁵. La única justificación para aquellos supuestos de alteraciones regimentales protagonizadas exclusivamente en el desarrollo de dichas comunicaciones²⁸⁶, supone, asimismo,

²⁸¹ PÉREZ LUÑO, A.E., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 174-175.

²⁸² Muy crítico acerca de la previsión de una sola hora de paseo en solitario y de que la comunicación se restrinja exclusivamente a los familiares, ROIG BUSTOS, L., “La sanción de aislamiento en celda en el Derecho Penitenciario español”, *La Ley*, nº. 977, Madrid, 1984, pp. 798 y ss.

²⁸³ GARCÍA ALBERO, R.M., “Régimen disciplinario”, en TAMARIT SUMALLA, J.M^a; SAPENA GRAU, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M^a. J., *Curso de Derecho Penitenciario*, Valencia, 2001, p. 232. De la misma opinión, RACIONERO CARMONA, F., *Derecho Penitenciario y privación de libertad. Una perspectiva judicial*, cit., p. 223. En esa línea, reconociendo el derecho del sancionado a mantener comunicaciones especiales, el AAP de Jaén de 25 de junio de 1997.

²⁸⁴ En este sentido, la I 19/1996, de 16 de diciembre, de la DGIP.

²⁸⁵ De la misma opinión, CALVET BAROT, G., “El régimen disciplinario penitenciario”, en RIVERA BEIRÁS, I. (coord.), *La cárcel en el sistema penal. Un análisis estructural*, Bosch, Barcelona, 1996, p. 230.

²⁸⁶ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y MAPELLI CAFFARENA, B., *Práctica Forense Penitenciaria*, Cívitas, Madrid, 1995, p. 142.

privación de paseos. En ese sentido, apunta Fernández García²⁸⁷ que “lo que no parece lógico y atenta no sólo al principio de legalidad, sino también al elemental sentido de la justicia, es que los órganos colegiados de los Centros Penitenciarios sean los competentes para interpretar cómo se ejecuta esta sanción”, lo que podría dar lugar “a tantas interpretaciones como Centros, lo que socava el principio de seguridad jurídica”²⁸⁸. Particularmente crítico con esta sanción es Asencio Cantisán al destacar la falta de imaginación, puesta una vez más de manifiesto en el campo penitenciario, a la hora de establecer las sanciones, “de tal suerte que éstas puedan tener un contenido educativo y no meramente represor, con lo que se hubiera avanzado en la acomodación total de la Ley a los principios que la inspiran”²⁸⁹. Sin embargo, Fernández Arévalo y Mapelli Caffarena²⁹⁰, entienden que por su índole y naturaleza es apropiada para aquellos casos de faltas disciplinarias apreciadas por desorden o falta de aseo de la propia celda, por alteraciones regimentales leves protagonizadas en el curso de actos colectivos, y también para una falta disciplinaria genuina de aquellos establecimientos que se ubican dentro de cascos urbanos, en los que tras producirse lanzamientos de sustancias estupefacientes desde el exterior, una vez recibido el paquete o bola por los reclusos, se desobedecen las órdenes de entrega de los funcionarios mediante carreras y pases del paquete a fin de hacerlo llegar a su destinatario. En este supuesto, la sanción parece idónea como medio de retirar del patio al preso, al menos en horario de tarde.

Esta situación que, en principio, es provisional, en muchos casos se prolonga bastante más de los 42 días de aislamiento, consistiendo en el máximo establecido por Ley. No olvidemos que el propio Tribunal Constitucional

²⁸⁷ FERNÁNDEZ GARCÍA, J., “El régimen disciplinario”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (coords.), *Manual de Derecho Penitenciario*, Colex, Madrid, 2001, p. 302.

²⁸⁸ De la misma opinión, RACIONERO CARMONA, F., *Derecho Penitenciario y privación de libertad. Una perspectiva judicial*, cit., p. 224.

²⁸⁹ ASENSIO CANTISÁN, H., “El régimen disciplinario, el procedimiento sancionador y los medios coercitivos”, cit., p. 32.

²⁹⁰ FERNÁNDEZ ARÉVALO y MAPELLI CAFFARENA, *Práctica Forense Penitenciaria*, cit., p. 143.

entiende como trato inhumano el aislamiento superior a este máximo²⁹¹. El régimen de vida del primer grado o del aislamiento es un instrumento reglamentariamente establecido que genera la soledad extrema, el aislamiento casi absoluto, la total ausencia de intimidad. En definitiva, una situación de dominio y sometimiento radical²⁹². En cuanto al aislamiento de hasta siete fines de semana, Renart García²⁹³ manifiesta “que nos hallamos ante un vacío normativo que requiere ser urgentemente subsanado, fundamentalmente cuando la laguna legal lo es respecto de sanciones de esta particular naturaleza”.

Por último, resta señalar que hay jurisprudencia que indica que la sanción disciplinaria de aislamiento en celda puede constituir un trato inhumano o degradante, argumentando que “no cabe duda que cierto tipo de aislamiento en celdas negras [...] el confinamiento absolutamente aislado o cerrado es una forma de sanción que envuelve condiciones manifiestamente inhumanas, atroces

²⁹¹ Como ejemplos de aislamiento prolongado están: J.U. y X.U., ingresaron en Carabanchel el 5 al patio y en ocasiones juntos si bien en estas ocasiones no se les permitía siquiera saludarse ni por supuesto hablar entre ellos. En diciembre fueron trasladados a otras cárceles, J.U. ingresó nuevamente en otro módulo de aislamiento, en Soto del Real; por otro lado, F.E., ingresa en Soto del Real el 15/3/97 y en fecha de 30 de diciembre, tras 9 meses, su situación no ha variado; J.A. ingresa en Soto del Real el 17/1/97, el 7 de agosto es trasladado al módulo de aislamiento, en un primer momento no se le autoriza tener ropa, ni utensilios de limpieza, ni papel, ni bolígrafo, ni libros, ni radio, ni material de estudio, ni silla. Esta situación se prolonga durante unas semanas. En www.basque.net.

²⁹² RÍOS MARTÍN, J.C. y CABRERA CABRERA, P.J., “La cárcel: Descripción de una realidad”, cit., p. 13. En celdas de aislamiento, la comida se sirve fría a través de un agujero en la puerta, y al cabo del día son veintitantas horas sin salir de ella, envuelto en una semipenumbra, sin mobiliario, sin objetos personales (nota a pie 1 Esta situación ya ha sido varias veces descrita por la doctrina), MORRIS, N., *El futuro de las prisiones. Estudios sobre crimen y justicia*, Siglo XXI, Madrid, 1978, p. 18, “algunas veces existe una cárcel dentro de la cárcel: la celda pelada, oscura, silenciosa, completamente desprovista de mobiliario. En la p. 26 relata la descripción de un traslado, resumiendo, consiste: recorrido largo, sin paradas, esposado lo que hace que el sentimiento de indefensión ante la posibilidad de un accidente sea más acusada, encerrado en un espacio minúsculo, con temperaturas extremas, casi sin luz o con muy poca luz, con abundancia de ruidos.

²⁹³ RENART GARCÍA, F., “El sistema de sanciones en el régimen disciplinario penitenciario”, cit., p. 1725 y ss.

y degradantes y, por ello, han venido siendo vedados en los más modernos sistemas penitenciarios. De ahí las restricciones que la Ley y el Reglamento penitenciario establecen para la aceptación, residual, de este tipo de sanción”²⁹⁴.

En definitiva, la doctrina propone la supresión del aislamiento al entender que no cumple ninguna función especial ni ayuda al restablecimiento del orden, dificultando en gran medida el proceso resocializador del penado²⁹⁵. Un sector minoritario de nuestra doctrina -Mapelli Caffarena- parte de la premisa de que la sanción de aislamiento en celda supone una auténtica privación de libertad²⁹⁶. En la misma línea, Roig Bustos²⁹⁷ comparte el carácter mensurable de la libertad, resultando, además, inaceptable la pretensión de que no se pueda privar de libertad a un interno cuando “la sanción de aislamiento lo que realmente hace es precisamente privar de la poca libertad que le resta al preso”. Por otro lado está el sector doctrinal que se acoge a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, así, Armenta González-Palenzuela y Rodríguez Ramírez²⁹⁸ entienden que la sanción de aislamiento en celda no supone más que una importante limitación de la libertad ambulatoria (restricción de movimientos) dentro del Centro penitenciario pero sin que quepa considerarla como una privación de libertad sino como medida que conlleva una grave restricción de

²⁹⁴ la STC 2/1987, de 21 de enero.

²⁹⁵ ASECIO CANTISÁN, H., “El sistema de sanciones y el procedimiento para su imposición en la legislación penitenciaria”, Eguzkilore, nº. extra 2, San Sebastián, 1989, pp. 51 y ss.

²⁹⁶ MAPELLI CAFFARENA, B., “El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional”, en RIVERA, I. (coord.), *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*, Barcelona, 1984, p. 25.

²⁹⁷ ROIG BUSTOS, L., “La sanción”, cit., p. 802, lo que corrobora Fernández García al apuntar que esta sanción supone un plus de privación de libertad ya que la libertad de movimientos que el interno disfruta en condiciones normales no son las mismas y que va a permanecer en la misma celda veintidós horas al día, lo que resulta difícilmente compaginable con la orientación resocializadora señalada en el propio texto constitucional, FERNÁNDEZ GARCÍA, J., “El régimen disciplinario”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (coords.), *Manual de Derecho Penitenciario*, Madrid, 2001, pp. 300 y ss.

²⁹⁸ ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F.J. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V., *Reglamento Penitenciario comentado: análisis sistemático y recopilación de legislación*, Mad, Sevilla, 1999, p. 366.

la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de la pena. Como se ha señalado Rodríguez Alonso considera exagerada la apreciación de Mapelli²⁹⁹. Para Mapelli, una de las propuestas progresistas es la prohibición del aislamiento en celdas salvo como medida coercitiva³⁰⁰.

4.2.7. Traslados, conducciones y medidas de seguridad

No faltan las teorías de que la cárcel, en ocasiones, utiliza los traslados³⁰¹ como forma de sanción encubierta, indicando que suponen un aumento del castigo y del sufrimiento, no sólo por el desarraigo personal, sino también por el familiar y por las condiciones humillantes y denigrantes en que se efectúan los mismos³⁰² y, para una mayor estructuración, en cuanto al régimen, en función del orden y de la seguridad del Centro. Regulado en los artículos 31 y ss. del RP, así como, en la Regla 45 de Reglas Mínimas para el Tratamiento de los reclusos, hay que hacerlo con un mínimo de garantías no solo para la seguridad del propio preso. Esto es, exponerlos al público lo menos posible, para protegerlos de los insultos, de la curiosidad, prohibiéndose el transporte en malas condiciones de ventilación o de luz o por cualquier medio que les impongan un sufrimiento físico, y, eso sí, en condiciones de igualdad para todos, respetando su dignidad y derechos, y la seguridad para el Centro o en éste caso para los funcionarios. O sea, que se garantice la seguridad de su conducción, bajo custodia de la fuerza pública³⁰³. Además, la Administración penitenciaria es la

²⁹⁹ RODRÍGUEZ ALONSO, A., *Lecciones de Derecho Penitenciario adaptadas a la normativa legal vigente*, cit., pp. 244 y ss.

³⁰⁰ MAPELLI CAFFARENA, B., "Tendencias modernas en la legislación penitenciaria", cit., p. 33.

³⁰¹ Ver el amplio estudio de GARRIDO GUZMÁN, L., "El respeto a la dignidad del interno con ocasión del cumplimiento de determinadas actividades regimentales (traslados de los detenidos)", en COBO DEL ROSAL, M., (dir.) y BAJO FERNANDEZ, M., (coord.), *Comentarios a la Legislación penal*, t. VI, vol. I, cit., pp. 317 y ss.

³⁰² En este sentido, se pronuncia RIVERA BEIRAS, I., "La cárcel y el sistema penal (en España y en Europa)", cit., p. 383.

³⁰³ Tener en cuenta la Circular 23/1996, de 16 de diciembre, en cuanto a la ejecución del traslado, y la OM de 15 de junio de 1995, que determina las especificaciones técnicas que deben reunir los vehículos destinados a la conducción de

competente en materia de traslados porque el destino de los presos se enmarca dentro de la actividad de carácter administrativo, ya que si a la Administración penitenciaria le corresponde organizar las instituciones, gestionar la total actividad penitenciaria, lógicamente, debe serles reconocida, como función propia, la distribución de los penados entre aquéllas³⁰⁴.

Con la excepción de los penados clasificados en tercer y en segundo grado que disfruten de permisos ordinarios, podrán realizar, previa autorización del Centro directivo, los desplazamientos por sus propios medios sin vigilancia. La mayor parte de los presos solicitan el traslado a otros Centros, porque la mayoría no cumple la pena privativa de libertad lo más cercano posible de su residencia habitual, y la mayoría de los familiares tienen bajo poder adquisitivo para poder ir a verlos. Pese a ello, ha sido la masificación de las cárceles lo que ha conllevado el traslado de presos fuera de sus zonas de residencia habitual. Recordamos que, en el caso de las mujeres reclusas, debido a la falta de Centros exclusivos para ellas, la mayoría no cumple su condena en el lugar de origen, sino en otro Centro, que dista bastante, haciéndose más complicada la reinserción y la labor de acercamiento a su entorno familiar y social.

A la cuestión de cómo afecta esta situación a los presos, considero que frente a los traslados y conducciones que se puedan llevar a cabo como consecuencia de algún juicio o por circunstancias legales, se pueden considerar un derecho, aunque no fundamental, en cuanto a que el preso solicite el cumplimiento de la pena privativa de libertad en el lugar de origen del mismo. Ya que, al ser el punto de partida tanto como derecho y como fin resocializador de todo preso, si éste no cumple la condena en su lugar de origen o, al menos, en lugar próximo, considero que cuando el cumplimiento de la pena se produce en una prisión alejada del lugar en el que la persona presa tiene su trabajo, su familia, su residencia, su entorno social puede dar lugar, incluso, a una desocialización.

detenidos, presos y penados y el Decreto 2355/1967, de 16 de septiembre que las regula que establece que dichas conducciones se realizarán normalmente por carretera y con vehículos adecuados. En términos análogos, el art. 81 del RP, aprobado por RD 1201/1981, de 8 de mayo.

³⁰⁴ Al respecto, el AAP de Navarra 90/2005, de 22 de junio. Otros Autos representativos, de Navarra 57/2005, de 29 de marzo; de Navarra 75/2005, de 30 de mayo.

En otro sentido, no falta jurisprudencia en cuanto a traslados de presos enfermos manifestando que existe conflicto entre la salud del preso y las razones de seguridad. Al igual ocurre en el traslado de presos de ETA, manifestando que han de subordinarse al respecto a los derechos fundamentales entre ellos el derecho a la integridad física y, en todo caso, a la vida ya que por ejemplo el traslado de un preso enfermo puede ponerla en riesgo, aparte de que la seguridad puede garantizarse con los medios que dispone el Estado³⁰⁵. Por otro lado, la jurisprudencia mantiene que si el traslado en cuanto a las condiciones del vehículo carece de las adecuadas medidas de seguridad y además carece de luz, con los ocupantes esposados dentro de estrechos compartimentos se trata de una situación peligrosa en caso de accidente. De manera que la Administración penitenciaria incumple con el mandato constitucional de velar por la vida, la integridad y la salud de los presos recogido en el ya citado artículo 15 de la CE³⁰⁶.

Puede que el acercamiento tenga como base que al ser todos más o menos de una misma zona, exista más compañerismo, más respeto de sus derechos y mejores condiciones de vida. En este sentido, Bergalli señala que es comprensible que las Instituciones penitenciarias se hayan convertido en simples contenedores donde las autoridades pretenden que se mantengan el orden y la disciplina sobre la base de unas condiciones y unos regímenes de vida imposibles de soportar por cualquier ser humano³⁰⁷.

Si atendemos al artículo 12 de la LOGP, en el que se indica que lo fundamental es evitar el desarraigo social, el criterio de cercanía es un derecho de los mismos. No obstante, desde mi parecer, tan sólo se trata de un derecho y no de un derecho fundamental, como ya he indicado, puesto que no se encuentra regulado en nuestra Norma Suprema ni en los textos internacionales de relevancia como derecho fundamental. Es uno de los derechos adquiridos por

³⁰⁵ AAP de Madrid 568/1998, de 14 de mayo.

³⁰⁶ AAP de Bilbao de 31 de diciembre de 1987, y AJVP de Sevilla de 3 de junio de 1988. Otros representativos, AAP de Madrid 320/1998, de 24 de marzo, referente a los objetos y su peso que pueden ser transportados en los traslados de presos; de Madrid 320/98 de fecha 24 de marzo referente a la limitación a un bolso de viaje o maleta, y a 25 kgs. de peso, como equipaje de mano, o de simultáneo transporte al traslado.

³⁰⁷ RIVERA BEIRAS, I., Y OTROS., *La cárcel en España en el fin del milenio (a propósito del vigésimo aniversario de la Ley Orgánica General Penitenciaria)*, Bosch, Barcelona, 1999, p.134.

la condición de preso ya que en este caso no se tiene libertad a la hora de residir, incluso, se puede indicar que no es un derecho exclusivo de los presos sino también de sus familiares para una mayor facilidad de acceso para las visitas³⁰⁸, y a los vis a vis, hay disminución de comunicaciones y menor concesión de permisos³⁰⁹.

En estas condiciones, el alejamiento supone lo siguiente: un castigo añadido extralegal, no decidido por ningún juez, que se aplica a los presos y a sus familiares; una medida arbitraria basada en criterios políticos y de oportunidad, dificultando el contacto de los presos con familiares y el entorno. Es por lo que, a mi juicio, el alejamiento puede tener efectos negativos para la reinserción, en este mismo sentido, es el Principio 20 del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, el que establece: "si lo solicita la persona detenida o presa, será mantenida en lo posible en un lugar de detención o prisión situado a una distancia razonable de su lugar de residencia habitual"³¹⁰.

4.2.8. Los FIES como medida de seguridad

Lo que intentaré en primer lugar dentro de este apartado es aclarar ciertos aspectos, sobre todo, por la ambigüedad y carga política que acarrear los reclusos privados de libertad en la aplicación de la normativa antiterrorista,

³⁰⁸ Las mayores reivindicaciones en cuanto al acercamiento de presos son en cuanto a los presos de ETA, siendo el colectivo en el que se ha llevado una situación de alejamiento generalizado, entrando en contraposición fuertemente con el objetivo de la ley que es evitar el desarraigo social.

³⁰⁹ Ver la ST de Conflictos de Jurisdicción 7/2007, de 27 de junio; AAAP de Navarra 56/2005, de 29 de marzo; de Navarra 72/2002, de 3 de julio.

³¹⁰ La I 6/2005, de 23 de mayo, actualizando la I 23/1996, relativa a las conducciones de los presos, bajo las condiciones de que la conducción sea provincial, que el motivo del traslado sea juicio o diligencias, reingreso, cuando la anterior orden de traslado la haya autorizado el Director del Centro de origen, siempre que no modifique el Centro Penitenciario asignado y, por último, que el interno no esté incluido en el fichero F.I.E.S. Con lo que se afirma que el derecho al traslado no es un derecho que se cumpla en la mayoría de los casos ni para la mayoría de los reclusos. Suspendiéndose el traslado por la Circular 2/98, de 8 de enero, en casos de pruebas médicas pendientes.

por lo que me remito a dar grandes pinceladas sobre que existe un fichero de internos de especial seguimiento en los que pueden verse vulnerados ciertos derechos fundamentales. Lo que demuestra que, atendiendo al artículo 17.1 de la CE, es una Ley la que desarrolla, con posterioridad, los casos y la forma en la que se ha de llevar a cabo la detención de una persona, haciendo que nos encontremos con la posibilidad de que, para ciertas personas o para cierto sector, el trato de la detención sea diferente³¹¹.

Partimos, por tanto, del artículo 10 de la LOGP, que indica que existirán Establecimientos de cumplimiento de régimen cerrado o Departamentos especiales para los penados calificados de peligrosidad extrema o para casos de inadaptación a los regímenes ordinario y abierto, apreciados por causas objetivas en resolución motivada, a no ser que el estudio de la personalidad del sujeto denote la presencia de anomalías o deficiencias que deban determinar su destino al centro especial correspondiente. También podrán ser destinados a estos Establecimientos o Departamentos especiales con carácter de excepción y absoluta separación de los penados, dando cuenta a la autoridad judicial correspondiente, aquellos internos preventivos en los que concurran las circunstancias expresadas en el número anterior, entendiéndose que la inadaptación se refiere al régimen propio de los establecimientos de preventivos.

El régimen de estos Centros se caracterizará por una limitación de las actividades en común de los presos y por un mayor control y vigilancia sobre los mismos en la forma que reglamentariamente se determine. La permanencia de los presos destinados a estos Centros será por el tiempo necesario hasta tanto desaparezcan o disminuyan las razones o circunstancias que determinaron su ingreso.

Pudiéndose considerar, tal medida, como un aislamiento del recluso, han sido numerosas las críticas que ha suscitado, ya que se trata por igual a los penados calificados de peligrosidad extrema como a quienes no se adaptan a los regímenes ordinario y abierto, de modo que, deja la puerta abierta para hacerse la pregunta sobre los presos que no se adaptan al sistema carcelario, al

³¹¹ Ver ARZUAGA, J., "La situación de las personas privadas de libertad en aplicación de la legislación antiterrorista (Observatorio Vasco de Derechos Humanos "Behatokia"), *Privación y Libertad y Derechos Humanos. La tortura y otras formas de violencia institucional*, Icaria, Barcelona, 2008, pp. 335 y ss.

tratamiento penitenciario o los que son peligrosos respecto a los funcionarios y respecto al resto de los presos, al sistema penitenciario en sí, etc.

Surge, asimismo, el conflicto entre adaptarse a la prisión o adaptarse a la vida en libertad puesto que es el fin de toda cárcel. Por otro lado, entra en contraposición de que si, como indica en el apartado tercero del artículo, se caracteriza por la limitación de las actividades en común, no cabe tratamiento penitenciario para los reclusos en dicha situación y, por tanto, no hay reinserción ni reeducación hacia los mismos, siendo contrario a todo principio del ordenamiento jurídico penitenciario³¹².

Los Ficheros de Internos de Especial Seguimiento fueron creados por la Circular de 6 de marzo de 1991 de la DGIP, regulados actualmente en la Instrucción 21/96, por aplicación de la Disposición Transitoria 4ª del RP. Es un instrumento de control de la Administración penitenciaria dirigido a determinados reclusos a los que, por el delito cometido o por su vida en reclusión, se les suponga un potencial desestabilizador del sistema penitenciario³¹³. Se incluye en ellos las propuestas para finalizar la relación con

³¹² No obstante, el art. 59 de la LOGP al tratar el tratamiento penitenciario no excluye a los mismos, va dirigido a todo recluso.

³¹³ Los presos incluidos en estos ficheros son las categorías siguientes: F.I.E.S. 1 CD (Control Directo). Personas conflictivas, autoras o inductoras de alteraciones del régimen penitenciario (dentro, fuera o en traslados o diligencias), en los que se haya puesto en peligro la vida o integridad física de funcionarios, autoridades, personal laboral u otros internos; F.I.E.S. 2 NA (Narcotraficantes). Personas preventivas o penadas por delitos contra la salud pública (distribución y venta de drogas ilegales), por delitos relacionados con actividades ligadas a esta distribución y venta, o que colaboren y/o apoyen a grupos organizados dedicados a estas actividades; F.I.E.S. 3 BA (Bandas Armadas). Personas preventivas o penadas por delitos de terrorismo o vinculación con banda armada., así como quienes apoyan y/o colaboran con éstas; F.I.E.S. 4 FS (Fuerzas de Seguridad y Funcionarios). Personas preventivas o penadas que pertenecen o han pertenecido a Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado o al Cuerpo de Funcionarios de Instituciones Penitenciarias y, F.I.E.S. 5 CE (Características Especiales). Personas con diversas tipologías delictivas (delincuencia internacional, delitos contra la libertad sexual especialmente violentos y con alarma social, contra el ya extinguido deber de prestación social sustitutoria), personas con una evolución positiva en F.I.E.S. 1)

la Institución penitenciaria y con la sentencia judicial condenatoria, toda modificación de las situaciones procesales, penales o penitenciarias, acuerdos que sobre el recluso hayan tomado los órganos colegiados, y las decisiones, comunicaciones con los abogados, y los nombres de éstos, cualquier incidente, participación en actividades, etc.³¹⁴ Ello supone la estricta vida que llevan en el sistema carcelario, la privación de beneficios y de derechos como consecuencia de estar en este sistema, ante la peligrosidad y la amenaza hacia otros presos pueden verse restringidas las horas de patio, evitar contactos con otros presos y con sus familiares, lo que supone, como ya he indicado, complicado lograr el fin de la pena de prisión impuesto por la Constitución en su artículo 25 que es la reinserción social. Es por lo que, a mi juicio, más bien lo que se pretende es la desocialización, desestructuración del preso al tratar de garantizar el orden y la seguridad en los Centros penitenciarios³¹⁵. Es una herramienta para neutralizar, es un aislamiento dentro de la prisión pasando el mayor tiempo en las celdas accediendo únicamente al patio un par de horas.

Para un recluso de estos ficheros, supone la modificación del *status libertatis* y la vulneración del artículo 17 de la CE en cuanto a que toda persona tiene derecho a la libertad, supone una diferenciación del régimen de vida con respecto al resto de los presos. Entendiendo que el derecho a la libertad personal supone que no se pueden realizar privaciones o restricciones de la libertad ilegítimas o arbitrarias, ni imponer límites a las esferas de autonomía física del individuo que desconozcan el contenido esencial del derecho establecido en el artículo 17, esto es, que lo desnaturalicen, lo hagan impracticable, lo dificulten más allá de lo razonable o lo despojen de la necesaria protección³¹⁶.

³¹⁴ RÍOS MARTÍN, J.C., *Manual práctico para la defensa de las personas presas*, Colex, Madrid, 1997, pp. 34 y ss.

³¹⁵ TARRÍO GONZALES, X., *Huye, hombre, huye. Diario de un preso F.I.E.S.*, Virus, Barcelona, 1.997. Ver AAP de Madrid 1490/2001, de 19 de julio, en cuanto a cacheos a FIES; SSTC 52/1995 de 23 de febrero; 291/1993, de 18 de octubre; 62/1982 de 15 de octubre; 27/1981, de 20 de julio; 108/1986, de 29 de julio. Los arts. 91 y 93 del RP referente a la modalidad de vida dentro del régimen cerrado y en departamentos especiales.

³¹⁶ Disponible en <http://www.ucm.es/info/eurotheo/normativa/fies.htm>

Esta situación vulnera abiertamente el principio de legalidad, que en materia penal es el principio rector y la garantía de los ciudadanos. Esta vulneración en la fase de ejecución penal se concreta en la violación de varios preceptos constitucionales y legales. Entre ellos cabe reseñar: 1) artículo 25.2 de la CE que establece que el condenado a pena de prisión que estuviese cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena, y la Ley penitenciaria. 2) artículo 9.1 y 3, Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. 3) artículo 3.2 del CP, no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y Reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en el artículo 2 de la LOGP, La actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por ley, los reglamentos y las sentencias judiciales. A este respecto, el artículo 3 de la LOGP señala que la actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos, y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena, sin establecer diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición, o cuales quiera otra circunstancia de análoga naturaleza.

En definitiva, se está creando un nuevo régimen que nada tiene que ver con los tres regímenes establecidos, a saber, el cerrado, el ordinario y el abierto. De modo que, no puede admitirse un tratamiento distinto de la ejecución de la privación de libertad sin una Ley Orgánica.

5. LAS COMUNICACIONES

5.1. CUESTIONES PREVIAS

Partimos de la premisa de que estamos ante un derecho fundamental que también se predica de los reclusos, quizás sea uno de los derechos más

vulnerados por la información que un delincuente puede recabar del exterior, de modo que se trata de un derecho controlado por funcionarios penitenciarios en base al orden y la seguridad del Centro en el que se encuentre, recuérdese que nada tiene que ver el *derecho a las comunicaciones* con el *derecho a la información*, escapando este último de la esfera privada de las personas³¹⁷. De otro lado, tampoco hay que confundir *secreto* con *íntimo*, en este sentido Asencio Mellado³¹⁸ asevera que el carácter formal del secreto es el que lo distingue del derecho a la intimidad, ya que el secreto se refiere a lo comunicado sea lo que sea, mientras que el derecho a la intimidad tiene carácter material, al depender del contenido de lo comunicado que afecte o no al ámbito de la intimidad. Pese a ello, el contacto con el mundo exterior supone el no apartarle totalmente de la sociedad, supone, indirectamente, la participación en la sociedad, y una reinserción más positiva. Es la Regla 24 de las RPE la que garantiza el contacto con el mundo exterior a través de las comunicaciones y las visitas. Las Reglas 37 a 39 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los reclusos también lo desarrollan argumentando que consiste en un derecho que se predica por igual para los reclusos nacionales que para los extranjeros. En consecuencia, “la comunicación con los demás es un bien necesario a la persona cuya naturaleza es social, y puede así verter sus sentimientos, ideas y

³¹⁷ RACIONERO CARMONA, F., “El derecho a las comunicaciones. Regímenes especiales”, en VV.AA., *I Curso monográfico para Jueces de Vigilancia Penitenciaria*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992; ALPA, G., *L’informazione e i diritti della persona*, Jovene, Nápoles, 1983; VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., “El derecho a ser informado y el art. 20 de la CE”, *Estudios de Derecho Público en Homenaje a Ignacio de Otto*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1993; BARROSO ASENJO, P., y LÓPEZ TALAVERA, M., *Libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales*, Fragua, Madrid, 1998; BASTIDA FREIJEDO, F.J., *El régimen jurídico de la comunicación social*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1994; BASTIDA FREIJEDO, F.J. y VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *Libertades de expresión e información: prontuario de jurisprudencia constitucional 1981-1998*, Aranzadi, Pamplona, 1998; DE LUCAS, J., “Democracia y transparencia. Sobre poder, secreto y publicidad”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. VII, 1990, pp. 131 y ss.; SAAVEDRA LÓPEZ, M., *La libertad de expresión en el Estado de Derecho: entre la utopía y la realidad*, Ariel, Barcelona, 1987.

³¹⁸ ASENCIO MELLADO, J.M^a., “La prueba prohibida en Jurisprudencia Constitucional”, *Revista Valenciana d’Estudis Autonòmics*, nº. 1, 1985, p. 295.

tendencias, manifestándose como individuo con características propias que la distinguen de los demás”³¹⁹. La Regla 37 de la Reglas Mínimas para el Tratamiento de reclusos³²⁰, dice que “los reclusos estarán autorizados para comunicarse periódicamente, bajo la debida vigilancia, con su familia y con amigos de buena reputación, tanto por correspondencia como mediante visitas”. Y la Regla 79 dictamina que se “velará particularmente por el mantenimiento y mejoramiento de las relaciones entre el recluso y su familia, cuando estas sean convenientes para ambas partes”. También lo indica La Recomendación del Comité de Ministros a los Estados miembros del Consejo de Europa sobre normas penitenciarias europeas, en su norma 43.1, al referir que “los reclusos deberán poder comunicarse con su familia y, sin perjuicio de las exigencias de su tratamiento, de la seguridad y del orden del centro, con las personas o representantes de organismos externos; deberán asimismo poder recibir a intervalos regulares visitas de dichas personas”. Precepto muy similar al artículo 51 de la LOGP³²¹.

³¹⁹ BATLLE SALES, G., *Derecho a la intimidad privada y su regulación*, Marfil, Valencia, 1972, p. 39.

³²⁰ Resolución 1984/1947, de 25 de mayo, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

³²¹ Existe discrepancia doctrinal a la hora de considerar la inconstitucionalidad del art. 51.5 de la LOGP al manifestar que “Las comunicaciones orales y escritas podrán ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente”, ya que el art. 18.3 de la CE dice que “Se garantiza el secreto de las comunicaciones salvo resolución judicial”, de otro lado, el precepto anterior citado, según la STC 183/1994, de 20 de junio, no es norma aplicable a las comunicaciones de los internos con el abogado defensor y con los procuradores que no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo, la cuestión surge cuando en vez de encontramos ante un preso condenado a pena privativa de libertad se trata de un preso preventivo, rigiendo el principio de presunción de inocencia. El art. 51.5 de la LOGP en vez de restricción establece una suspensión, resultando difícil la justificación a la eliminación de la exigencia de la autorización judicial para llevar a cabo tal injerencia en la esfera de un derecho fundamental. Surgiendo, por parte de la doctrina, la duda de su constitucionalidad debido a la falta de autorización judicial de la injerencia en la libertad y secreto de las comunicaciones. En cualquier caso, aunque el art. 51.5 no se considerara inconstitucional, si puede fundamentarse jurídicamente que su aplicación

De otro lado, pese a que el precepto constitucional, garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, no hay controversia doctrinal en aceptar que la enumeración no es un *numerus clausus*, sino simplemente una relación *ad exemplum*.

El Tribunal Constitucional se encarga de manifestar que en “el derecho al secreto de las comunicaciones, en principio, son también titulares los ciudadanos internos en un centro penitenciario”³²², no obstante, es a través de la Ley Orgánica Penitenciaria y su Reglamento quienes regulan el acceso a las comunicaciones, debiendo garantizar la inviolabilidad del secreto de las mismas. El cumplimiento de la condena, en los Centros penitenciarios, no tiene por finalidad excluir al preso de la sociedad, por el contrario, lo que se tiene en cuenta es el regreso, la integración, la reeducación, etc.

De otro lado, el artículo 41.1 del RP utiliza el término “tienen derecho”, mientras que es regulado como derecho de los presos a mantener relaciones con el exterior en el artículo 4.2.e) del mismo texto legal. La doctrina es crítica a la hora de indicar que mientras que el artículo 43.1 del RP utiliza el término “derecho”, en la LOGP y en los textos internacionales el término utilizado es el de “autorizar”, pudiendo llegarse al caso de que el derecho a las comunicaciones sea configurado conforme al régimen o tratamiento penitenciario. Es decir, que puedan efectuarse dependiendo del comportamiento o de la clasificación penitenciaria del recluso.

a presos preventivos, sin autorización judicial, vulnera los derechos a la libertad y al secreto de las comunicaciones. Y aunque se estimara que su aplicación a los presos preventivos es ajustado a la Constitución, deberá entenderse que las decisiones de la Administración penitenciaria que suelen intervenir todas las comunicaciones orales y escritas, sin mayor fundamentación que la reproducción literal del genérico texto legal, sin ninguna delimitación personal o temporal, sin especificar el interés que precisaba sacrificar un derecho fundamental del recurrente, y que no consta fuera notificado, como exige la Ley, a la autoridad judicial, vulnera el derecho constitucional a la libertad y secreto de las comunicaciones. *Diccionario Interactivo de Derecho Penitenciario*. Por ello, la jurisprudencia constitucional ha resaltado que la comunicación inmediata al Juez de Vigilancia Penitenciaria es un requisito de la legalidad de la decisión, STC 175/1997, de 27 de octubre.

³²² SSTC 170/1996, de 29 de octubre; 128/1997, de 14 de julio; 200/1997, de 24 de noviembre.

A efectos de nuestro estudio interesa concretar que las comunicaciones a las que tiene derecho éste son con familiares, amigos y allegados³²³, analizados en el Capítulo del derecho al matrimonio y a la protección de la familia, las comunicaciones con abogados es objeto de análisis en el derecho a la defensa, así como las comunicaciones con autoridades o profesionales. De otro lado, se debe recordar que el hecho de que se prive a un preso la comunicación no supone vulneración del derecho de reunión³²⁴, asimismo, tampoco vulnera el derecho a la libre recepción de información veraz por cualquier medio de difusión³²⁵.

La Constitución garantiza el secreto de las comunicaciones sin delimitación de quién realice la misma, pero es la normativa penitenciaria la que especifica que por razones de la persona reclusa, el modo, asimismo, por razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento, pueden dejar de ser secretas³²⁶.

La doctrina manifiesta que el secreto de las comunicaciones se predica de todas las comunicaciones en general, sin que la enumeración que indica el artículo 18.3 de la CE, postales, telegráficas y telefónicas, sea un *numerus clausus*³²⁷. De otro lado, no sólo se protege el secreto de las comunicaciones sino, además, la libertad de las comunicaciones, así ha sido reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al señalar que el artículo 18.3 de la CE “consagra la libertad de las comunicaciones implícitamente y de modo expreso su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del

³²³ PELLUZ ROBLES, L.C., “Las comunicaciones de los reclusos con familiares, amigos y allegados”, en VV.AA., *I Curso monográfico para Jueces de Vigilancia Penitenciaria*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, pp. 357-371.

³²⁴ Así lo recoge en la STC 119/1996, de 8 de julio, Fj. 2.

³²⁵ STC 119/1996, de 8 de julio, Fj. 3; DOMINGO, T., *¿Conflictos entre derechos fundamentales?: un análisis desde las relaciones entre los derechos a la libre expresión e información y los derechos al honor y la intimidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

³²⁶ CARRERAS SERRA, F., “Derecho al secreto de las comunicaciones”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II.

³²⁷ Sobre esta cuestión se expresa SEMPERE RODRÍGUEZ, C., en ALZAGA VILLAAMIL, O., (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, t. II, Edersa, Madrid, 1997, p. 440.

conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas”³²⁸. El tema de las comunicaciones, aparece regulado junto a otros derechos fundamentales, y en especial el de la intimidad, pese al carácter privado de las comunicaciones lo que protege la Constitución es la comunicación en sí³²⁹, aunque no es la tesis seguida por todos, hay un sector -Asencio Mellado- que apunta que se trata de un derecho autónomo que no forma parte de otro derecho fundamental, aunque aceptan su conexión con la libertad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, argumentando que la autonomía se percibe por su diferenciación del derecho a la intimidad que, en principio, podría parecer como semejante³³⁰.

De otro lado, un sector de la doctrina -Castán Vázquez, Sempere Rodríguez- mantiene que existe el deber de guardar secreto en los casos de exigirlo así la Ley y en los supuestos de estado de necesidad en que pueda encontrarse quien revele datos³³¹. No obstante, esta idea, actualmente, no es sostenida en atención a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, así en la Sentencia 114/1988, de 10 de junio. La doctrina, también, repara en el consentimiento que se puede dar a la apertura y registro de las comunicaciones de igual manera que en el caso de registro del domicilio, es el caso de Martín Morales quien sostiene que tal precepto parte de un concepto formal de

³²⁸ STC 114/1984, de 29 de noviembre y STS de 20 de febrero de 1995, en la que se indica que “el secreto de las comunicaciones presupone la libertad, y su restricción se produce en un sentido de control y observación y no propiamente de impedimento a las comunicaciones”. FERNÁNDEZ SEGADO, *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 228, quien asevera que el bien constitucionalmente protegido es la libertad de las comunicaciones con independencia de cual fuere el medio técnico a cuyo través se realice la comunicación.

³²⁹ En ese sentido, FAYOS GARDO, A., *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

³³⁰ ASENCIO MELLADO, J.M^a., “La prueba prohibida en Jurisprudencia Constitucional”, *Revista Valenciana d’Estudis Autònoms*, nº. 1, 1985, p.295.

³³¹ CASTÁN VÁZQUEZ, L., “El derecho al secreto de la correspondencia epistolar”, *ADC*, 1960, p. 3; SEMPERE RODRÍGUEZ, C., en ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentarios a la Constitución*, cit., p. 441.

intimidad, mientras que el apartado segundo del artículo parte de un concepto material³³².

Frente a esta teoría, el Tribunal Constitucional manifiesta que “la autorización para la comunicación íntima restaura circunstancialmente para el recluso un ámbito provisional de intimidad [...], pero esa restauración episódica es resultado de una concesión del legislador, no un imperativo derivado del derecho fundamental a la intimidad”³³³.

Adentrándonos en el tema, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional resume una serie de características en torno al derecho fundamental de las comunicaciones, así:

es un derecho fundamental caracterizado por la no intervención salvo resolución judicial que lo indique³³⁴; b) es un derecho autónomo con respecto del derecho a la intimidad personal y familiar, aunque están relacionados³³⁵; c) su vulneración presenta un atentado al derecho de propiedad y atentado a la libertad de pensamiento³³⁶; d) la comunicación es secreta, en cuanto a su contenido, con independencia de la forma en la que se transmita, sea por carta, teléfono³³⁷, postal, etc.; e) se protege frente a cualquier forma de captación de la comunicación³³⁸; f) el derecho al secreto de las comunicaciones es aplicable al

³³² MARTÍN MORALES, R., *El Régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Cívitas, Madrid, 1995, p. 23.

³³³ STC 89/1987, de 3 de junio. No obstante, hay jurisprudencia que señala la conexión entre la intimidad y las comunicaciones, 110/1984, de 26 de noviembre y, 114/1984, de 29 de noviembre.

³³⁴ Ver, entre otras, la STC 199/1987, de 16 de diciembre. Un sector doctrinal considera que el carácter que posee el secreto de las comunicaciones es de derecho relativo, ya que teniendo en cuenta el art. 18.3 *in fine* de la CE se prevé su limitación mediante resolución judicial, permitiendo, en este caso, desvelar lo secreto, considerándose como legítima, de lo contrario supone una conducta delictiva, ASECIO MELLADO, J.M^a., *Prueba prohibida; prueba preconstituida*, Trivium, Madrid, 1989, p. 92.

³³⁵ STC 281/2006, de 9 de octubre.

³³⁶ ENERIZ OLAECHEA, F.J., *La protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas en la Constitución española*, Universidad Pública de Navarra, Navarra, 2007.

³³⁷ Respecto a las comunicaciones vía telefónica, tener en cuenta la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones.

³³⁸ STC 281/2006, de 9 de octubre.

ámbito penitenciario, es decir, el recluso goza de tal derecho fundamental, aunque puede estar limitado teniendo en cuenta el artículo 25.2 de la CE³³⁹.

Pero, creo conveniente iniciar la exposición haciendo referencia al bien constitucionalmente protegido, el cual se formula como “la libertad de comunicación ampliamente entendida, esto es, con independencia de cual fuere el medio técnico a cuyo través se realice la comunicación”³⁴⁰ estableciéndose de ese modo una relación entre la libertad del individuo y el secreto de las comunicaciones. Constitucionalmente va a ser considerado como un derecho el cual se encuentra dentro de la clasificación de los llamados *derechos de la persona como ser libre*, inherente a la autonomía personal y que va a garantizar a la persona un ámbito de intimidad y privacidad³⁴¹. Desde esta perspectiva, Vittorio Italia, escribe que “el derecho en cuestión tutela tanto la libertad de la correspondencia y de las comunicaciones como un secreto, revistiendo éste mayor importancia práctica, pues sin él no hay libertad real”³⁴².

Doctrinalmente se han ofrecido cuatro principales caracteres de este derecho³⁴³:

Su primer carácter consiste en ser un derecho público ubjetivo, al considerar su exigibilidad ante los poderes públicos, los cuales habrán de amparar la situación subjetiva de libertad que el derecho está reconociendo.

Se trata también de un derecho autónomo ya que se aprecia su condición de no formar parte de otro derecho fundamental, aún, aceptando su conexión con valores como la libertad, dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad. Autonomía ésta que se percibe especialmente por su

³³⁹ Sentencias representativas son, SSTC 128/1997, de 14 de julio; 106/2001, de 23 de abril; 194/2002, de 28 de abril.

³⁴⁰ FERNÁNDEZ SEGADO, F., “El sistema constitucional español”, Dykinson, Madrid 1992, p. 228.

³⁴¹ En este sentido, SCHOEMAN, F., *Philosophical dimensions of privacy*, University Press, Cambridge, 1984, p.31.

³⁴² Citado por BARCELONA LLOP “Escuchas telefónicas y acción de la policía de seguridad”, *Revista de Administración Pública*, nº. 112, 1987, p.75.

³⁴³ ZARAGOZA TEULER, V.A., “Intervención de las comunicaciones: puntuales aspectos sustantivos y procesales”, www.porticolegal.com, última consulta el 18 de julio de 2010.

diferenciación del derecho a la intimidad que en principio podría parecer como semejante.

Es un derecho de carácter formal, lo que tiene acertadamente expresado la STC 114/84, de 29 de noviembre, al exponer: “El concepto de secreto en el art.18.3 de la CE tiene un carácter formal, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no al objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado”; reflejando de esta manera nuestro supremo intérprete de la Carta Magna como este carácter es el que lo distingue del derecho a la intimidad, pues, mientras que tal y como expone el texto antes citado, el secreto se refiere a lo comunicado sea lo que sea, el derecho a la intimidad tiene un carácter material, al depender de que el contenido de lo que se esté comunicando afecte o no al ámbito de la intimidad -ex artículo 18.1 de la CE-³⁴⁴.

El último y cuarto rasgo es el que viene referido al carácter que posee el secreto de las comunicaciones de derecho relativo³⁴⁵, pues tal y como se puede inferir de la dicción misma del artículo 18.3 CE *in fine*, se prevé su limitación mediante resolución judicial; permitiendo esto, levantar, desvelar o conocer el secreto, considerándose como legítima la injerencia en éste caso, ya que de no ser así nos encontraríamos ante una conducta delictiva³⁴⁶.

No obstante, la medida judicial consistente en la intervención de las comunicaciones³⁴⁷ supone una intromisión en el ámbito del derecho

³⁴⁴ ASENCIO MELLADO, J.M., “La prueba prohibida en Jurisprudencia Constitucional”, cit., p. 295.

³⁴⁵ ASENCIO MELLADO, J.M., *Prueba prohibida; prueba preconstituida*, cit., p. 92.

³⁴⁶ Ver los arts. 197, 198, 535 y 536 del CP.

³⁴⁷ Para la intervención entre las comunicaciones, la jurisprudencia constitucional ha diferenciado *indicios de sospecha y conjeturas*, así la SSTC de 1 de diciembre de 1989 manifiesta que “los indicios han de estar plenamente probados (no puede tratarse de meras sospechas). Así tendríamos la sospecha, que consistiría en la aprehensión o imaginación de una cosa por conjeturas fundadas en apariencias o visos de verdad, la conjetura, que sería el juicio que, con ciertas probabilidades de acierto, se forman de las cosas o acaecimientos por las señales que se ven u observan y, finalmente, el indicio, que es la acción o señal que da a conocer lo oculto, en virtud de las circunstancias, que concurren en un hecho, dándole carácter de verosimilitud. Ya hemos dicho que, en

fundamental al secreto de las mismas. Ahora bien, a efectos de nuestro estudio interesa concretar que las comunicaciones de los reclusos pueden dejar de ser secretas siempre que una autorización, bien por el Juez de Vigilancia en el caso de penados o la Autoridad judicial si se trata de detenidos o presos, lo indique, además ha de estar motivada y ha de ser proporcional³⁴⁸. Pero, ni la Constitución ni la normativa penitenciaria definen lo que se entiende por *secreto de la comunicación*, es Jiménez Campo³⁴⁹ quien establece tres delimitaciones del mismo: “[...] es en primer lugar un proceso, esto es, un procedimiento de relación significante entre personas que queda defendido por la norma frente a cualquier interceptación, suponga ésta mera retención o suspensión del curso de la comunicación o, en otro caso, además, el conocimiento por tercero de su contenido [...]”; de otro lado, afirma que “es un proceso de transmisión de mensajes, un proceso en cuyo curso se hacen llegar a otro expresiones del propio pensamiento articuladas en signos no meramente convencionales” y, por último, “sólo es comunicación, para los efectos del precepto que se examina, aquella que se mantiene a través de un determinando medio técnico, quedando fuera del ámbito de esta disposición -aunque no por ello desprovista de toda protección constitucional- las conversaciones directas o *en persona*”.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia son partidarias del concepto de *comunicación*, las discrepancias surgen en torno al término *secreto*. El argumento que defiende la jurisprudencia constitucional es el carácter formal del derecho al secreto de las comunicaciones, el cual favorece indirectamente a la seguridad jurídica, de otro lado, no toda comunicación es necesariamente íntima (STC 114/1984, de 29 de noviembre, Fj. 7), pero sí secreta -López Barja o Moreno Catena, entre otros-³⁵⁰. Para Jiménez Campo³⁵¹ el concepto de *secreto de las*

principio, son exigibles varios indicios, nunca sospechas o conjeturas para condenar”; 45/1997, de 11 de marzo, y 151/1998, de 13 de julio.

³⁴⁸ Las SSTC 171/1999, de 27 de septiembre; 259/2005, de 24 de octubre, entre otras.

³⁴⁹ JIMÉNEZ CAMPO, J., “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº. 20, 1987, pp. 42 y ss., citado por REBOLLO DELGADO, L., *El derecho fundamental a la intimidad*, Dykinson, Madrid, 2005, pp.309-310.

³⁵⁰ LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA, J., *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Akal, Madrid, 1989; MORENO CATENA, V., “Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal”, *Poder Judicial*, nº. Especial II. La jurisprudencia

comunicaciones es formal, argumenta, de otro lado, que toda comunicación, es secreta, aunque sólo algunas son íntimas. A razón de lo mismo, se dictamina que, “[...] el concepto de «secreto» en el art. 18.3 tiene un carácter «formal», en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado. Ésta condición formal del secreto de las comunicaciones (la presunción «*iuris et de iure*» de que lo comunicado es «secreto» en un sentido sustancial) ilumina sobre la identidad del sujeto genérico sobre el que pesa el deber impuesto por la norma constitucional”³⁵². En este sentido, se pronuncia Martín Morales al aseverar que tanto el derecho a la intimidad como el derecho al secreto de las comunicaciones persiguen garantizar a la persona el control de sus datos y circunstancias personales. Además, el derecho a la intimidad se comporta constitucionalmente como garantía de la libertad, y el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones funciona como una garantía de la intimidad, pero adquiriendo, además, la función de garantía de una gran variedad de derechos y libertades³⁵³.

En consecuencia, las comunicaciones de los presos han de celebrarse respetándose al máximo la intimidad, de acuerdo con la regulación contenida en el artículo 51 de la LOGP además, todo acto limitador de un derecho fundamental requiere la adecuada cobertura de la Ley, lo cual, proyectado a las comunicaciones del recluso en un establecimiento penitenciario, en el que están implicados o bien el derecho a la intimidad personal -art. 51.5 de la LOGP- o bien el derecho a la defensa -art. 51.2 de la misma Ley-, significa

constitucional en STC 114/1984, de 29 de noviembre, Fj. 7, recuerda que “el concepto *secreto* no abarca únicamente el contenido de la comunicación sino también otros aspectos de la misma, como la identidad de los interlocutores o de los corresponsales”.

³⁵¹ JIMÉNEZ CAMPO, J., “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, cit., pp. 42 y ss., citado por REBOLLO DELGADO, L., *El derecho fundamental a la intimidad*, cit., p. 313.

³⁵² STC 114/1984, de 29 de noviembre, Fj. 7.

³⁵³ MARTÍN MORALES, R., *El Régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, cit., pp. 42-44. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ RUÍZ, B., *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, McGrawHill, Madrid, 1998, p. 1, citado por REBOLLO DELGADO, L., *El derecho fundamental a la intimidad*, cit., p. 314.

que es presupuesto habilitante inexcusable de la intervención de las mismas una previsión legislativa clara y terminante que autorice a adoptarla, tal y como disponen, en relación concreta con esos derechos, el art. 25.2 de la CE y el art. 8.2 del Convenio de Roma³⁵⁴.

Afinando un poco más la cuestión, un sector doctrinal, entre ellos Balaguer Callejón, considera que “si el secreto de las comunicaciones es objeto de protección constitucional, ello es porque existen otros bienes y derechos que pueden ser lesionados a través de la interferencia en los procesos de comunicación [...]. La tendencia doctrinal ha sido la de establecer una conexión muy estrecha entre secreto de las comunicaciones e intimidad sobre la base de que lo primero es una garantía formal y lo segundo un garantía material”³⁵⁵. Es decir, el derecho al secreto de las comunicaciones, se basa en el derecho a la intimidad y desemboca en el valor de la libertad³⁵⁶. La jurisprudencia constitucional asevera que el mantenimiento de una medida restrictiva más allá del tiempo estrictamente necesario para la consecución de los fines que la

³⁵⁴ SSTC 183/1994, de 20 de junio, Fj. 5; 206/1996, de 16 de diciembre, Fj. 4. En suma, es la STC 175/2000, de 26 de junio, Fj. 3 la que haciendo un recordatorio de resoluciones anteriores, asienta las bases doctrinales: “[...] nuestra doctrina sobre las restricciones al derecho al secreto de las comunicaciones en el ámbito penitenciario parte de la base de que los internos en un Centro penitenciario son también titulares del derecho al secreto de las comunicaciones, si bien los arts. 51 de la LOGP y 41 a 50 del RP que la desarrolla, regulan su ejercicio en razón de las peculiaridades de la relación penitenciaria; 201/97 de 25 de noviembre.

³⁵⁵ BALAGUER CALLEJÓN, F., en el Prólogo de MARTÍN MORALES, R., *El Régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, cit., p. 12. Para Balaguer *intimidad y secreto de las comunicaciones* no son términos equivalentes.

³⁵⁶ Recordemos que las categorías que señalaba Jellinek eran: *status subiectionis*, *status libertatis*, *status civitatis* y *status activae civitatis*. A esta clasificación Pérez Luño, le añadió: *status positivus sociales*, entendiendo que es necesario garantizar los bienes económicos que permita la participación en la vida comunitaria, PÉREZ LUÑO, A. E., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 24-25; RODRÍGUEZ RUÍZ, B., *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, McGraw-Hill, Madrid, 1998; SAMBOLA I CABRER, F.X., “Los derechos fundamentales de los internos en los Centros Penitenciarios: derecho a la intimidad, a la integridad física y moral y al secreto de las comunicaciones. Doctrina del Tribunal Constitucional”, noviembre de 2000, disponible en www.noticias.juridicas.com/, última consulta el 18 de enero de 2010.

justifican, podría lesionar efectivamente el derecho al secreto de las comunicaciones³⁵⁷.

No sólo es la intimidad el que va aparejado a las comunicaciones sino, según la doctrina, el de privacidad. Destaca, en éste sentido, la “teoría de las esferas” de Hubmann³⁵⁸, (la tesis de Hubmann parte de la división de este derecho general de la personalidad en tres sectores cada uno de los cuales constituye una esfera, así entiende que hay tres campos de la intimidad: la esfera individual, la esfera privada y la esfera de secreto), en suma, está destinado a proteger la libertad individual y la intimidad/privacidad de la persona. Junto al término *secreto*, se habla de *inviolabilidad* y de *confidencialidad*, ésta última se extiende a aquellos acontecimientos de los que el sujeto hace partícipe a personas de particular confianza³⁵⁹. Hay otros autores, como Basile, que consideran que la Constitución en vez de utilizar el término secreto debería haber incluido el de la inviolabilidad de las comunicaciones ya que, en este sentido, se incluiría tanto la libertad como el secreto de las mismas³⁶⁰.

5.2 COMUNICACIONES SEGÚN LA CONSTITUCIÓN Y COMUNICACIONES EN LA PRISIÓN

El Reglamento penitenciario diferencia las comunicaciones orales de las escritas, estando las orales reguladas en el artículo 42 del RP, se incluye, además de las telefónicas, las visitas de los presos enfermos, ya sea en la enfermería del

³⁵⁷ SSTC 206/1991, de 30 de octubre; 41/1996, de 12 de marzo y 170/1996, de 29 de octubre.

³⁵⁸ HUBMANN, H., *Das Persönlichkeit srecht*, 2 Auflage, Köln-Graz, Böhlau, 1967, citado por MARTÍN MORALES, R., *El Régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, cit., pp. 27 y ss.

³⁵⁹ GONZÁLEZ GUITIAN, L., “Escuchas clandestinas realizadas por particulares”, *Comentarios a la legislación penal*, t. VIII, Edersa, Madrid, 1986, p. 65; LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid, 1990, p.84.

³⁶⁰ BASILE, S., “Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas”, *La Constitución Española de 1978*, Cívitas, Madrid, 1980, p.303.

Centro penitenciario o en un Centro Hospitalario de la Seguridad Social³⁶¹. Igual sucede con las comunicaciones de los presos extranjeros con familiares que residen fuera de España. En cuanto a las comunicaciones escritas recogidas en el artículo 46 del RP, pueden ser realizadas a través de carta o telegrama.

5.2.1. Paquetes postales

En cuanto a los paquetes, llama la atención la imposibilidad de mandar tarjetas telefónicas para que el preso pueda llamar a sus familiares, han de ser compradas en el economato de la prisión, lo que supone que los presos que tengan dinero tienen mayor posibilidad de comprarlas y, por tanto, de comunicarse, de lo contrario tendrán que llamar a cobro revertido. Jiménez Campo entiende que no toda comunicación mantenida a través del servicio de correos es protegida por el artículo 18.3 CE en cuanto al secreto, de hecho no puede derivarse de nuestra Constitución un *secreto postal*³⁶². La jurisprudencia diferencia paquetes postales de la correspondencia, por ejemplo en la STS de 19 de marzo de 1989 pero, más recientemente incluye una en otra, así la STS de de junio de 1997, entiende que la correspondencia postal a la que alude la Constitución como objeto de garantía se refiere a todos los envíos que puedan facturarse utilizando el servicio postal de correos, incluyendo paquetes postales, afirma incluso que por extensión se protegen todos los envíos gestionados por empresas privadas que ofrezcan servicios análogos al de correos. Sobre este tema, entendemos que las inspecciones de mercancías son fruto de varias razones, entre ellas las relativas a la seguridad del portador y del destinatario. Resta decir que el Reglamento Penitenciario no establece un número de comunicaciones escritas que puedan recibir los presos, aunque sí el número de las que pueden remitir.

³⁶¹ Tener en cuenta los arts. 216-217 del RP; SALVADOR CODERECHE, P., *El mercado de las ideas*, CEPC, Madrid, 1990; SARAZA JIMENA, R., *Libertad de expresión e información frente al honor, intimidad y propia imagen*, Aranzadi, Pamplona, 1995.

³⁶² JIMÉNEZ CAMPO, J., "La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº. 20, 1987, p. 47.

5.2.2. Comunicaciones telefónicas

Las llamadas telefónicas³⁶³ son de una única dirección, es decir, desde la cárcel hacia el exterior. Esto supone una limitación para los familiares cuando deseen comunicarse con su familiar preso, debiendo esperar a su día en la semana. Normalmente las llamadas son entre dos y cinco a la semana con una duración de cinco minutos. Si le añadimos la masificación de las prisiones, ello supone largas colas para llamar, y el preso se puede encontrar con la posibilidad de que cuando llame no haya nadie en el domicilio familiar por lo que pierde la llamada. A esta situación, además, hay que añadir que no se puede llamar a cualquier hora, existiendo un horario que no es igual para todos en dependencia del grado en el que se encuentre el recluso y la normativa del Centro. Además, es el propio recluso el que asume los gastos de la llamada. En estas comunicaciones nos encontramos con distintos grados de posible vulneración del secreto, así con intervención, grabación o recuento según la STC 217/1989, de 21 de diciembre; hay que tener presente que se considera que existe una vulneración del derecho no sólo cuando se accede a lo comunicado, sino también cuando se conoce con quién se comunica, o la duración de la misma. Es decir, la incidencia en el derecho se produce con la observación del contenido de la comunicación y con el control de aspectos externos. No siendo una la complementaria de la otra, es decir, se considera vulnerado el secreto de las comunicaciones por la interceptación de la comunicación aunque no hubiera existido aprehensión ni utilización del contenido de la misma.

Como también ha afirmado el TEDH, da igual que se trate de un simple “*comptage*” (S. de 30 de julio de 1998, caso *Valenzuela*), aunque, como ha afirmado nuestro Tribunal Constitucional, no puede, en este caso, “desconocerse la menor

³⁶³ No están autorizados los móviles en la prisión. BARCELONA LLOP, J., “Escuchas telefónicas y acción de la policía de seguridad”, *Revista de Administración Pública*, nº. 112, 1987, p. 75; GIMENO SENDRA, V., “Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo”, *La Ley*, nº. 4024, 1996; LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., “Las intervenciones telefónicas en el proceso penal”, Colex, Madrid, 1991, p. 92; DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, M.I., “Escuchas telefónicas: planteamiento práctico desde la perspectiva judicial”, *Revista General de Derecho*, 1996, nº. 616-617, pp. 1708; LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA, J., “Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida”, Akal, Madrid, 1989.

intensidad de la injerencia”, lo cual incidirá a la hora de apreciar la ponderación de la proporcionalidad de la medida adoptada (STC 123/2002, de 20 de mayo).

CAPÍTULO VI

LA REINSERCIÓN SOCIAL DE LOS PENADOS

1. EL CASTIGO Y LA SANCIÓN

El presente párrafo tiene por objeto el análisis de la disposición contenida en el artículo 25.2 de la CE en materia de penas privativas de libertad y medidas de seguridad y, en especial, del fin de reeducación y reinserción social de los reclusos, para, a partir de él, plantear la justificación del fin de la pena. El artículo 25 es una importante columna en el sistema de garantías de derechos fundamentales de los presos y de garantías penales, supone, además, un límite constitucional a la potestad sancionadora de la Administración y constituye un postulado básico del Estado de Derecho.

El punto de partida es la figura del delincuente, que ha sido estudiada desde muchas doctrinas, no sólo desde la dogmática jurídico-penal, sino también por los criminólogos, para quienes el delincuente es un sujeto con anomalías y como alguien susceptible de un tratamiento. Ambas doctrinas hablan de la sanción penal como intervención y medio para la protección social frente a futuros delitos, supone la prevención tanto especial como general. Pero, también ha tratado de dar explicación a la justificación del delito, es decir, a la justificación moral de por qué se castiga a alguien³⁶⁴.

1.1. OBJETIVOS GENERALES Y PLANTEAMIENTOS

Para llegar al fin de la pena, debemos partir de su justificación y, en todo caso, del concepto de *pena, castigo y/o sanción*³⁶⁵. Estas distinciones las

³⁶⁴ LISLE, J., "The Justification of Punishment", *International Journal of Ethics*, nº. 25, 1914, pp. 346 y ss.; RASHDALL, H., "The Theory of Punishment", *International Journal of Ethics*, nº. 2, 1981, pp. 20-31; RABOSI, E.A., "Sobre la justificación moral del castigo", *Problemas actuales de las Ciencias Penales y de la Filosofía del Derecho-Homenaje al profesor L. Jiménez de Asúa*, Pannedille, Buenos Aires, 1970.

³⁶⁵ Entre otros, COHEN, S., *Visiones de control social: delitos, castigos y clasificaciones*, PPU, Barcelona, 1988; BÈTHOUX, E., "La prison: recherches actuelles en sociologie (note critique)", *Terrains & travaux*, nº. 1, 2000, pp. 71-89; VALVERDE MOLINA, J., *El proceso de inadaptación social*, Popular, Madrid, 1993; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Delito y pena en la Jurisprudencia constitucional*, Cívitas, Madrid, 2002; CID MOLINÉ, J., *¿Pena justa o pena útil? El debate contemporáneo en la doctrina penal española*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994; EUSEBI, L., *La pena "in crisi". Il recente dibattito sulla funzione della pena*,

encontramos ya en Séneca³⁶⁶, manifestando que las justificaciones absolutas o retribucionistas³⁶⁷ son *quia peccatum* (a quien está pecando), es decir, miran al pasado, y las justificaciones relativas o utilitaristas son *ne peccetur* (para que nadie peque), esto es, miran al futuro.

A la hora de definir el *castigo* partimos de la conceptualización del Diccionario de la RAE al entenderlo como la pena que se impone a quien ha cometido un delito o falta. En sentido similar, es definida la *sanción* como la pena que una ley o un reglamento establece para sus infractores. En consecuencia, la *pena* es definida como el castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o Tribunales a los responsables de un delito o falta. En éste sentido, me parecen muy ilustrativas las palabras de Flew al enunciar una serie de requisitos para la definición de castigo. Afirma que tiene que ser un mal o algo no placentero para la víctima del mismo, infligido con motivo de una ofensa, a la persona que se supone ofensor, en virtud de una autoridad conferida por las instituciones en contra de cuyas normas ha sido cometida la ofensa. A estos requisitos se le añadió, por parte de Benn, que el sufrimiento deberá ser parte esencial de lo propuesto y no algo incidental³⁶⁸.

Morcelliana, Brescia, 1991; FRAILE, P., *Un espacio para castigar. La cárcel y la ciencia penitenciaria en España (siglos XVIII-XIX)*, Serbal, Barcelona, 1987; HULSMAN, L., "La criminología crítica y el concepto de delito", *Poder y Control*, nº. 0, 1986, pp. 119-135; MAPELLI CAFFARENA, B., "Los fines de la ejecución de la pena privativa de libertad", *I Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Sevilla, 1983, pp. 13 y ss.; MARÍ, E., *La problemática del castigo. El discurso de Jeremy Bentham y Michel Foucault*, Hachette, Buenos Aires, 1983; VON HIRSCH, A., *Censurar y castigar*, Trotta, Madrid, 1998.

³⁶⁶ SENECA, *De Ira*, libro I, Cap. XIX, trad. de E. Otón Sobrino, *De la cólera*, Alianza Editorial, Madrid, 1986, p. 63.

³⁶⁷ Sobre los retribucionistas, ARMSTRONG, K.G., "The retributivist his back", *Mind*, nº. 70, Oxford University Press, 1961, pp. 471-491; GENDIN, S., "A Plausible Theory of Retribution", *Analysis*, nº. 32, 1972, pp. 131-135.

³⁶⁸ BENN, S.I., "An Approach to the problems of Punishment", *Philosophy*, 1958; FALCÓN Y TELLA, M^a. J. y FALCÓN Y TELLA, F., *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 21-22; ver el estudio que hace Betegón al analizar la definición de castigo propuesta por los autores Hart y Flew, BETEGÓN, J., *La Justificación del Castigo*, Madrid, 1992, pp. 141 y ss.; BOTTOMS, A.E., "The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing", en CLARK, C. y MORGAN, R., (eds.), *The Politics of Sentencing Reform*, Clarendon Press, Oxford, 1995;

En sentido muy distinto, está el castigo definido por Carrara³⁶⁹ como “un ente jurídico”, de modo que “queda establecido, de una vez para siempre, el límite perenne de lo prohibido, ya que no puede encontrarse un delito sino en aquellas acciones que ofenden o amenazan los derechos de los asociados”.

El término *sanción* es el más utilizado desde el mundo clásico, prácticamente desde Platón, pero, desde los postulados de Beccaria sobre la arbitrariedad y crueldad de las leyes penales, así como en las reformas de Howard en el ámbito penitenciario, se pretende una humanización de las penas. Como consecuencia de ello, surge el reconocimiento de los derechos fundamentales para los reclusos y alternativas a la prisión. En suma, se introduce como objetivos la reeducación y reinserción. De todo ello, se deduce la necesidad de articular unas normas de convivencia que garanticen la estabilidad y el desarrollo de todo Centro penitenciario.

Por su parte, Durkheim distingue las sanciones negativas considerando que son los castigos, de las sanciones positivas que son las recompensas³⁷⁰. Y Bobbio³⁷¹ define la *sanción* como la respuesta o la reacción que el grupo social expresa con ocasión de un comportamiento de algún modo relevante de un miembro del grupo (poco importa si es relevante en sentido negativo o positivo) con el fin de ejercer un control sobre el conjunto de los comportamientos de grupo y dirigirlos hacia ciertos objetivos en vez de hacia otros. Además, mantiene la sanción como el medio a través del cual se trata, en un sistema normativo, de

HIRST, P., “The Concept of Punishment”, en DUFF, R.A. y GARLAND, D., (eds.), *A Reader on Punishment*, Oxford University Press, Oxford, 1994.

³⁶⁹ CARRARA, F., *Programa de derecho criminal*, trad. de J.J. Ortega Torres y J. Guerrero, Temis, Bogotá, 1971, citado por BERGALLI, R., *Control social punitivo. Sistema penal e instancias de aplicación (policía, jurisdicción y cárcel)*, con la colaboración de RECASENS I BRUNET, A., DOMÍNGUEZ FIGUEIRIDO, J.L. y RIVERA BEIRAS, I., Bosch, Barcelona, 1996, p.9.

³⁷⁰ CARRARA, F., *Programa de derecho criminal*, cit., p. 33. Según los iusnaturalistas, un castigo justo tiene más prioridad que la corrección del delincuente, ya que la misma se puede alcanzar sólo si el delincuente se da cuenta de que no le rectifican, sino que le castigan, y que las penas aplicadas son justas.

³⁷¹ BOBBIO, N., “Las sanciones positivas”, *Contribución a la teoría del derecho*, trad., de RUÍZ MIGUEL, A., *Recopilación y estudio preliminar*, F. Torres, Valencia, 1980, p.391.

salvaguardar las leyes de la erosión de las acciones contrarias y es, por consiguiente, una consecuencia del hecho de que en un sistema normativo, a diferencia de lo que ocurre en un sistema científico, los principios dominan a los hechos antes que los hechos a los principios. Así pues, podemos definir la *sanción* como la respuesta a la violación³⁷².

La conclusión del profesor Beristain³⁷³ es que partiendo de Lessio, quien sostiene que una cosa es sancionar y otra es castigar, admite, pues, la sanción penal en la actualidad, pero rechaza el castigo por considerarlo nocivo. En lugar de ser necesario para la convivencia, es su destructor, pues siempre envilece al castigador y con frecuencia suscita en el castigado odio, desprecio propio y ajeno, y más violencia.

Desde esta perspectiva, cabe subrayar que la pena queda fuera del fundamento jurídico de la misma, de manera que "sólo es legítima la pena *justa*, aunque no sea útil"³⁷⁴, lo que viene a significar que no se puede sacrificar a un sujeto a favor de la generalidad, es decir, de la sociedad. En este sentido, Cerezo Mir³⁷⁵ sostiene, críticamente, que "si se justificase la pena por sus efectos preventivos [...] por razones de utilidad, se utilizaría al delincuente como instrumento para la consecución de los fines sociales, lo cual implicaría un menoscabo en su dignidad humana".

Para la justificación de la pena, partimos de las premisas utilitaristas al entender la pena útil como la pena legítima³⁷⁶, esta teoría proviene del

³⁷² BOBBIO, N., "Teoría de la norma jurídica", *Teoría General del Derecho*, trad. de E. Rozo Acuña, Debate, Madrid, 1993, p. 119; del mismo, *Igualdad y libertad*, Paidós, Barcelona, 1993, pp. 97- 100, distinguiendo entre libertad positiva y negativa.

³⁷³ BERISTAIN IPIÑA, A., "Epistemología penal-criminológica hacia la sanción reparadora (Narcotráfico y alternativas de la cárcel)", *Colección Archivo de Derecho penal*, n.º. 4, Universidad Autónoma de Sinaloa, México, 1996, p. 254.

³⁷⁴ BACIGALUPO, E., *Principios de derecho penal. Parte general*, Akal, Madrid, 1998, p. 19.

³⁷⁵ CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general*, t. 1, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 22 y ss.

³⁷⁶ NINO, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, 1991, pp. 391 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, E., "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?", *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1990, pp. 150 y ss.; FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 465. Critican el abuso del derecho en la imposición de la pena innecesaria.

pensamiento ilustrado³⁷⁷. Son partidarios de las teorías utilitaristas los que mantienen que la política está por encima de la moral y del Derecho, siendo el guía el Estado, a través de la máxima de que el fin justifica los medios, premisa que es el principio del modelo del Estado de Derecho como sistema de poder disciplinado y limitado por las reglas del juego³⁷⁸. Frente a esto se encuentra el utilitarismo *ex parte populi*, el cual toma como referencia el bienestar o la utilidad de los gobernados, y supone una de las bases y fundamentos el mínimo sufrimiento necesario que hay que infligir a la minoría formada por los desviados. Ésta es considerada como la doctrina de los límites del Derecho penal, al que puede justificar sólo si su intervención se limita al mínimo necesario³⁷⁹.

Las teorías de la prevención general y especial (Feuerbach, Günther Jakobs, Von Liszt, Lombroso, Ferri, Garófalo, Dorado Montero, Marc Ancel), pertenecientes a la doctrina utilitarista, que siempre ponen como fin único de la pena la prevención de los futuros delitos para la tutela de la mayoría no desviada, y no al mismo tiempo el de la prevención de las reacciones arbitrarias o excesivas para la tutela de la minoría de los desviados y de cuantos son considerados como tales³⁸⁰, han sido estimadas por un sector de la doctrina como “defensa social”³⁸¹. Las finalidades de la prevención según los utilitaristas son la enmienda o corrección del reo, su neutralización o puesta en condiciones de no causar perjuicios, la disuasión de todos los demás de la tentación de imitarle mediante el ejemplo del castigo o su amenaza legal, la integración disciplinar de unos y otros y el consiguiente reforzamiento del orden mediante la reafirmación penal de los valores jurídicos lesionados³⁸².

³⁷⁷ BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, trad. de J.A. de las Casas, Alianza Editorial, Madrid, 1982, pp. 47-48.

³⁷⁸ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 260.

³⁷⁹ *Ibidem*, p. 261.

³⁸⁰ *Ibidem*, p. 262.

³⁸¹ BARATTA, S., “Criminología crítica y Derecho penal”, *RIDP*, 1978, pp. 35 y ss.; del mismo, “Integración-prevención: una <<nueva>> fundamentación de la pena dentro de la teoría

sistémica”, *Cuadernos de Política Criminal*, 1984; PAUL, W., “Esplendor y miseria de las teorías preventivas de la pena”, *Poder y Control*, nº. 0, 1986, pp.59-72.

³⁸² FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., pp. 262-263.

García-Pablos³⁸³ entiende que la pena es retribución proporcionada al mal culpable del delito, pero también se orienta a la realización de otros fines de prevención general y de prevención especial: a la prevención de futuros delitos y a la resocialización del autor. No obstante, hay autores -como Mapelli Caffarena- que definen la pena como la privación o restricción de bienes jurídicos, impuesta conforme a la ley por los órganos jurisdiccionales, al culpable de una infracción penal³⁸⁴, indicando que debe ser personal, necesaria y suficiente, pronta e ineludible, proporcionada e individualizada³⁸⁵.

La justificación de la pena es tratada principalmente por Kant³⁸⁶ como una necesidad o retribución ética en base al valor moral de la ley penal infringida y por el castigo que se le infringe. También diferencia el Derecho de la moral, indicando que el Derecho determina a cada uno lo suyo mientras que la moral tiene que prestarse a una cierta latitud para las excepciones. Y define el derecho a castigar como el derecho que tiene el soberano de afectar dolorosamente al súbdito como consecuencia de su transgresión de la ley, haciendo que el castigo tenga las características de la retribución, es decir, la existencia de algo ilícito y la culpabilidad del mismo. A su vez, defiende la ley penal como imperativo categórico, es decir, estima que la pena es retribución justa desprovista de todo fin (*poena absoluta ab effectu*), y representa la causación de un mal como compensación de la infracción jurídica culpablemente cometida (*malum passionis propter malum actionis*). Llegando a afirmar que si, incluso, en el caso extremo de disolución de la sociedad civil por consentimiento de sus miembros, una

³⁸³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho penal. Introducción*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, pp. 164 y ss.

³⁸⁴ MAPELLI CAFFARENA, B. y TERRADILLOS BASOCO, J., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Cívitas, Madrid, 1996, p. 29.

³⁸⁵ *Ibidem*, pp. 47 y ss.

³⁸⁶ KANT, I., *Principios metafísicos del derecho*, Escuela de Plata, 2004, p. 50; del mismo, *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 166-167, dice: "la pena judicial [...] ha de imponérsele sólo porque ha delinquido [...] la ley penal es un imperativo categórico y jay de aquel que se arrastre por las sinuosidades de la doctrina de la felicidad para encontrar algo que le exonere del castigo [...]". BYRD, S., "Kant's Theory of Punishment: Deterrence in its Threat, Retribution in its Execution",

Law and Philosophy, vol. I, 1989.

comunidad que habitase una isla decidiese abandonarla y dispersarla antes de proceder a tal disolución, hasta el último asesino que estuviera en prisión debería ser ejecutado, so riesgo de convertirse, si no, todo el pueblo en cómplice de una violación de la justicia³⁸⁷.

Frente a esta tesis se encuentra la de Hegel³⁸⁸ que, pese a ser también retributiva basada en la relación de igualdad que debe mediar en la reparación del delito, se diferencia en que el castigo supone una renuncia expresa a la necesidad de existencia de una equivalencia empírica entre delitos y penas³⁸⁹. Es decir, defiende la idea de que es una retribución jurídica justificada por la necesidad de reparar el derecho con una violencia contraria para restablecer el orden violado, es decir, que la violencia se elimina con violencia. Pero las tesis de Kant y Hegel, según Ferrajoli³⁹⁰, son insostenibles, alegando que hay un nexo necesario entre culpa y castigo, así como, compartiendo opinión con él, la pena no queda justificada mirando al pasado, es decir, como fin o valor en sí misma, sino mirando al futuro (y es ahí donde entra la reinserción de los presos). Siendo las doctrinas relativas las que abogan por una intimidación en general y una neutralización del delincuente en particular. Hegel junto a la pena o el castigo introduce el término de *recompensa*³⁹¹, es considerado como el fundador del

³⁸⁷ KANT, I., *Metafísica de las Costumbres*, cit., p.165; FALCÓN Y TELLA, M.A. y FALCÓN Y TELLA, F., *Fundamento y finalidad de la sanción*, cit., p.167.

³⁸⁸ HEGEL, G.W.F., *Filosofía del Derecho*, Dirección General de Publicaciones, México, 1975, p. 155.

³⁸⁹ FALCÓN Y TELLA, M.A. y FALCÓN Y TELLA, F., *Fundamento y finalidad de la sanción*, cit., p. 171; KLUG, U., "Para una crítica de la filosofía penal de Kant y Hegel", *Problemas actuales de las Ciencias penales y de la Filosofía del Derecho*. Homenaje al Profesor L. Jiménez de Asúa, Pannedille, Buenos Aires, 1970; STAWELL, F.J., "Hegel's Theory of Crime and Punishment", *The Review of Politics*, Lang, 1980.

³⁹⁰ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit. p. 258. Teoría ya defendida por GROCIO, H., *Del derecho de la guerra y de la paz*, Reus, Madrid, 1925, pp. 6 y ss., quien indica que la pena no es *tantum puniendi causa*, sino que debe perseguir utilidades futuras, como la *emendatio* del reo y la prevención de los delitos mediante el ejemplo, ver la cita de FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 259.

³⁹¹ Al respecto a BOBBIO, N., "Las sanciones positivas", *Contribución a la teoría del derecho*, trad. de RUÍZ MIGUEL, A., *Recopilación y estudio preliminar*, F. Torres, Valencia, 1980.

denominado derecho premial, y entendió que es el conjunto de normas jurídicas que atribuye a un comportamiento una consecuencia positiva, en lugar de la negativa que la pena supone³⁹². De manera que la aceptación de la pena dependerá, por tanto, de si el grado de su iniquidad intrínseca excede o no de la bondad de los efectos que surte sobre su destinatario o el conjunto de la sociedad³⁹³. Resulta evidente la contradicción entre el término de *apremio* de Bentham y que el derecho debe ser coercitivo.

Posteriormente, Locke³⁹⁴ define la *pena* como un mal negocio para el ofensor, como para darle motivo para arrepentirse y disuadir a los demás de hacer lo mismo. Son numerosas las teorías sobre que la forma de impedir el delito son las penas, así Montesquieu³⁹⁵ estima que “hay medios para impedir los delitos: son las penas”. Este autor había asegurado que la libertad consiste en “poder hacer lo que se debe querer y no estar obligado a hacer lo que no se debe querer”, definiéndola como “el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten”. Beccaria³⁹⁶ mantuvo que “el fin de las penas no es atormentar y afligir a un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido [...] no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a los ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales”. Pero sería Bentham³⁹⁷ quien aseveraría que “el objeto principal

³⁹² PISANI, M., *Studi di diritto premiale*, Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, Milano, 2001, pp. 154-155; FACCHI, A., *Diritto e Ricompense. Ricostruzione storica di un'idea*, Giappichelli, Turín, 1995, p. XI, citado por SOLANES CORELLA, A., “Más allá de la pena: sobre la dualidad de la sanción”, *Teoría y metodología del Derecho*, Estudios en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba, vol. II, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2008, p. 1079.

³⁹³ BETEGÓN, J., “Sanción y coacción”, en GARZÓN, E. y LAPORTA, F.J., (ed.) *El derecho y la justicia*, Trotta, Madrid, 2000, p. 362.

³⁹⁴ LOCKE, J., *Second Treatise of Government*, trad. de C. Mellizo, Alianza Editorial, Madrid, 1990, p. 42.

³⁹⁵ MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las leyes*, trad. de M. Blázquez y P. de Vega, Tecnos, Madrid, 1985, p. 252; EHRARD, J., “Montesquieu”, *Nueva historia de las ideas políticas*, Ory, P., Mondadori, Madrid, 1992, p. 71.

³⁹⁶ BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, cit., pp. 45-46.

³⁹⁷ BENTHAM, J., “Principios del Código Penal”, *Tratados de legislación civil y penal*, Nacional, Madrid, 1981, p. 252, y *Teoría de las penas y de las recompensas*, cit., pp. 17 y ss., indica que “la prevención general que es el objeto principal de las penas, es también la

de las penas es prevenir delitos semejantes. El negocio pasado no es más que un punto; pero lo futuro es infinito; el delito pasado no afecta más que a un individuo, pero los delitos semejantes pueden afectarlos a todos. En muchos casos es imposible remediar el mal cometido; pero siempre se puede quitar la voluntad de hacer mal; porque por grande que sea el provecho del delito siempre puede ser mayor el mal que la pena”.

Después de todo lo visto, cabe subrayar que la pena sirve para prevenir delitos y castigos injustos. El hecho de considerar la pena como un mal para quien la recibe es como se pronuncia la mayoría de la doctrina -Lardizabal, Mapelli, García-Pablos, Zugaldía³⁹⁸-, ya que entiende que la privación impuesta de bienes jurídicos es percibida como un mal por el sujeto a quien se impone, y no como un bien³⁹⁹, siendo ésta la tesis que mantuvieron los correccionalistas⁴⁰⁰. Con la pena lo que se trata es de dar respuesta al principio *nulla poena sine crimina*, es decir, aplicar la pena cuando se ha cometido un hecho delictivo. En otro sentido,

razón que las justifica [...] la pena, se eleva a la primera clase de servicios públicos cuando se la mira no como un acto de ira o de venganza contra un criminal o un desgraciado que cede a inclinaciones funestas, sino como un sacrificio indispensable para la seguridad general”.

³⁹⁸ LARDIZABAL, M., *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*, Comares, Granada, 1997, p. 18 define la pena como el mal que uno padece contra su voluntad y por superior precepto; MAPELLI CAFFARENA, B. y TERRADILLOS BASOCO, J., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Cívitas, Madrid, 1996, pp. 29 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho Penal. Introducción*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, p. 123; ZUGALDIA ESPINAR, J. y PÉREZ ALONSO, E., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 57, entre otros.

³⁹⁹ FERNÁNDEZ ARTIACH, P., *El trabajo de los internos en establecimientos penitenciarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 28-29.

⁴⁰⁰ Entre ellos, RÖDER, C.D.A., *Las doctrinas fundamentales reinantes. Sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones. Ensayo crítico preparatorio para la renovación del Derecho penal*, trad. de F. Giner de los Ríos, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1876, p. 239 “la pena correccional es la más favorable al delincuente [...]”. En este sentido, Giner de los Ríos, Röeder, C. Arenal, Dorado Montero, Sainz Cantero, entre otros, darán un giro nuevo al correccionalismo, acercándolo al positivismo criminológico, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., *El trabajo penitenciario resocializador. Teoría y regulación positiva*, Caja de Ahorros Provincial de Guipúzcoa, San Sebastián, 1982, p. 134.

aparecen las teorías abolicionistas, (son seguidores de esta teoría, Hulsman, Godwin, Molinari, entre otros), que lo que tratan es de abolir el propio Derecho penal y proponen un sistema más humanitario. Y, por otro lado, están los justificacionistas, (Kropotkin analiza principalmente algunas de las teorías justificacionistas más importantes y en especial la de la rehabilitación y la prevención general) que admiten que la pena es un mal útil y menor, engloba a las teorías absolutas, (el retribucionismo se inspira en Kant, quien concibió la retribución como un principio jurídico, aseverando que “El castigo judicial no puede nunca ser usado como mero medio para promover otro bien, ya sea en favor del criminal mismo o de la sociedad civil, sino en cambio debe en todos los casos imponérsele bajo el sustento de que se ha cometido un crimen”⁴⁰¹), como penalistas contemporáneos encontramos a Von Hirsch, y Kindhäuser; las relativas (en su versión de preventiva general negativa fue impulsada por Feuerbach, la positiva es defendida por Jakobs, en la prevención especial, uno de los principales autores es Von Liszt); y las unitarias, donde encontramos a Schmidhäuser y Roxin.

Dentro de las teorías mixtas o eclécticas se encuentran las teorías aditivas o unificadoras teniendo como esencia la pena, la retribución y conseguir fines preventivos, de manera que tienen ideas contrapuestas. La *teoría unificadora dialéctica* propuesta por Roxin⁴⁰², están caracterizadas porque el autor lo que hace es diferenciar tres momentos de la pena: la amenaza, la aplicación y la ejecución, teniendo cada una de ellas fines distintos. Conjuga, por tanto, la prevención general y la especial, es decir, la amenaza se refiere a las normas legislativas que plasman la pena atendiendo al hecho delictivo; la aplicación supone el poder judicial y la ejecución es el cumplimiento de la pena, de manera que en los dos primeros momentos supone la prevención general, porque en el primer lugar aún no hay delincuente y en el segundo supone la confirmación de esa amenaza y en el último momento se aplica la teoría de la prevención especial ya que pretende con su aplicación la reinserción del delincuente.

⁴⁰¹ MARTÍN, J., *The English Legal System*, Hodder Arnol, Londres, 2005, p. 174.

⁴⁰² Teoría que ha sido aceptada por Luzón Peña, Mir o Muñoz Conde, entre otros.

En conclusión, los retribucionistas⁴⁰³ defienden la idea de que el castigo que se inflige a un individuo se encuentra moralmente justificado por el hecho de que dicho individuo merece ser castigado, cuando es culpable de haber cometido una ofensa⁴⁰⁴. El castigo se encuentra justificado por el hecho de que el sujeto que ha cometido el delito debe ser castigado; para los utilitaristas, el castigo es un daño, se castiga porque moralmente se atiende a las consecuencias que puede llegar a producir, a la finalidad, mirando más al futuro que al pasado⁴⁰⁵. Para los utilitaristas⁴⁰⁶, el castigo es un daño, en consecuencia, sólo se justifica moralmente cuando existen consecuencias ventajosas en el futuro⁴⁰⁷. Y para los abolicionistas -entre otros, Mathiesen y Christie-, abogan por no reconocer ninguna justificación al Derecho penal, se debe propugnar su eliminación, ya que no admiten moralmente ningún posible fin como justificador

⁴⁰³ A las que Ferrajoli llama “teorías absolutas”, conciben la pena como fin en sí mismo, es decir, como castigo, compensación, reacción, reparación o retribución del delito, justificada por su valor axiológico intrínseco, FERRAJOLI, L, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 253.

⁴⁰⁴ HOEKEMA, D.A., “The Right to Punish and the Right to Be Punished”, en BLOCKER, H.G. y SMITH, E.H., (eds.), *John Rawls Theory of Social Justice: An Introduction*, Ohio University Press, Athens, 1980.

⁴⁰⁵ RABOSSO, E.A., “Sobre la justificación moral del castigo”, *Problemas actuales de las Ciencias Penales y de la Filosofía del Derecho*, Homenaje al profesor L. Jiménez de Asúa, Pannedille, Buenos Aires, 1970.

⁴⁰⁶ Ferrajoli las llama “teorías relativas”, consideran la pena y justifican la pena sólo como un medio para la realización del fin utilitario de la prevención de futuros delitos, se divide a su vez en doctrinas de prevención general y especial. FERRAJOLI, L, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit. p. 253. Por otro lado, son interesantes las versiones del utilitarismo acompañadas de los modelos de derecho penal máximo, así señala el utilitarismo *ex parte principis* a la utilidad de los gobernantes, señalando como principal antecedente la obra *La República* de Platón: “cada gobierno establece las leyes según su conveniencia: la democracia, leyes democráticas; la tiranía, tiránicas [...] al establecerlas, muestran los que mandan que es justo para los gobernados lo que a ellos conviene, y al que se sale de esto lo castigan como violador de las leyes y de la justicia [...]”. PLATÓN, *La República*, trad. de J. M. Pavón y M. Fernández Galiano, cit., p. 24.

⁴⁰⁷ Ver a RABOSSO, E.A., “Sobre la justificación moral del castigo”, *Problemas actuales de las Ciencias Penales y de la Filosofía del Derecho-Homenaje al profesor L. Jiménez de Asúa*, Pannedille, Buenos Aires, 1970, pp. 185-202; del mismo, “Sobre la justificación moral de las acciones. El tema del castigo”, *Crítica*, nº. IV, 1972, pp. 3-46.

de los sufrimientos que ocasiona, bien porque consideran ventajosa la abolición de la forma jurídico-penal de la sanción punitiva y su sustitución por medios pedagógicos o instrumentos de control de tipo informal e inmediatamente social⁴⁰⁸.

1.2. PRINCIPALES TIPOS DE SANCIONES PENALES

Encontramos dos tipos de sanciones penales en nuestro ordenamiento jurídico, de un lado, la pena la cual tiene como base la privación de derechos fundamentales: la pena privativa de la vida, que es el caso de la pena capital⁴⁰⁹ y la pena privativa del derecho a la libertad, caso de la prisión⁴¹⁰ que, a la luz de lo examinado hasta ahora, es la que nos interesa aquí analizar. Asimismo, se encuentra la sanción de las medidas de seguridad.

De otro lado, debemos diferenciar penas y medidas de seguridad, que según Landrove Díaz⁴¹¹ son: la pena se ordena fundamentalmente a la prevención general; la medida de seguridad a la prevención especial. La pena es siempre postdelictual, exige la comisión de un delito previo; la medida de seguridad en sus orígenes podía ser también predelictual. La pena debe ser proporcionada a la gravedad del delito; la medida es proporcionada a la peligrosidad del sujeto. La pena se impone sólo a sujetos imputables; la medida se impone tanto a imputables como a inimputables, y en base a un criterio de utilidad social. La pena se aplica de un modo determinado; la medida tiene una duración indeterminada, subordinada a su propia ejecución. La privación de bienes jurídicos, común a ambas, es el contenido de la pena y un simple fenómeno acompañante de las medidas de seguridad.

⁴⁰⁸ FERRAJOLI, L, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 248.

⁴⁰⁹ Para algunos es la pena más utilizada en algunos países, pese a que es considerada como una pena antinatural y antihumana, de esta opinión es LEGANÉS GÓMEZ, S., *Clasificación penitenciaria, permisos de salida y extranjeros en prisión*, Dykinson, Madrid, 2002, p.17.

⁴¹⁰ Así lo establece el art. 35 del CP.

⁴¹¹ LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 111-121.

Con esta perspectiva, se debe subrayar que nuestro ordenamiento jurídico se acoge a un sistema dualista, es decir, junto a las penas prevé medidas de seguridad, esta dualidad se debe a que si faltaba el principio de culpabilidad para los delincuentes peligrosos no había manera de implantarles una pena, pero sí una medida de seguridad.

En conclusión, las libertades encierran a su vez otras libertades, es lo que Iván C. Iban⁴¹² denomina *concreciones sucesivas*, es decir, que partiendo de la base de la proclamación genérica de libertad resulta un conjunto de libertades que se dotan de una mayor eficacia práctica. No obstante, considera que, a su vez, estas concreciones sucesivas son concreciones limitadoras, explicándolo en el sentido de que la suma de todos los derechos fundamentales no agota la idea de libertad. Asimismo, si alguna parcela de la *libertad* quedase fuera del catálogo de derechos fundamentales, también, disfrutarían de cierta protección porque la libertad es proclamada como valor superior del ordenamiento jurídico.

La libertad individual tiene dos aspectos, el positivo y el negativo, siendo el fundamento de la organización política del Estado, es decir, desde el aspecto positivo la ley es concebida como expresión de la voluntad soberana del pueblo, y en su aspecto negativo, supone el reconocimiento de la inviolabilidad de los derechos fundamentales de las personas. La doctrina ha reiterado en numerosas ocasiones que un aspecto es independiente del otro de manera que puede existir una libertad positiva y no negativa y viceversa⁴¹³. El derecho penal surge para proteger al débil contra el más fuerte, la ley penal se justifica en tanto que ley del más débil, orientada a la tutela de sus derechos contra la violencia arbitraria del más fuerte, que para Ferrajoli⁴¹⁴, en los juicios

⁴¹² C. IBAN, I., (coord.) VV.AA., *Libertad y Derecho fundamental de libertad religiosa*, Edersa, Madrid, 1989, p. 12.

⁴¹³ Ver BERLIN, I., "Dos conceptos de libertad", *Filosofía política*, recopilación de QUINTÓN, A., México, 1974, pp. 216 y ss., citado por VIVES ANTÓN, T.S., "Introducción: Estado de Derecho y derecho penal", en COBO DEL ROSAL, M. (dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M., (coord.), *Comentarios a la Legislación penal*, t. I, Edersa, Madrid, 1982, p. 2.

⁴¹⁴ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit. p. 335.

y la imposición de la pena protegen a los reos contra las venganzas u otras reacciones más severas.

A efectos de nuestro estudio, interesa concretar el fundamento, la justificación y la función de la sanción penal en los Centros penitenciarios. El fundamento y la justificación en la pena se debe a que es el principal medio del que dispone el Estado como reacción a un delito cometido, en el sentido de suponer restricción de derechos del responsable del mismo. Por consiguiente, la justificación no es una cuestión filosófica sino una necesidad. En suma, lo prioritario parece ser la pena privativa de libertad y las denominadas medidas de seguridad destinadas a paliar aquellas situaciones en las que el uso de la pena no resulta factible. Por lo que respecta a la función, suponen sistemas de reacción penal, discutiéndose, desde la antigüedad el fin de la pena. El por qué o para qué se impone la pena ha sido una cuestión de debate doctrinal a lo largo de la historia, opera como un medio de control social que debe ser aplicado de forma proporcional y legal⁴¹⁵.

1.3. FIN DE LA PENA, Y ESPECIAL ESTUDIO DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

Para establecer el fin de la pena, en general, nos tenemos que remitir a las teorías absolutas y relativas, las absolutas son aquellas que se fundamentan en criterios éticos y responden de forma estática a la hora de cuestionar la pena y las teorías relativas, aquellas que se fundamentan en criterios utilitaristas y el enfoque es dinámico⁴¹⁶. Como indica Zugaldía⁴¹⁷, “la opción a favor de alguna de

⁴¹⁵ Al respecto, BLACK, D., “Crime as Social Control”, *American Sociological Review*, nº. 48, 1983; REDONDO, S., *Desviació, delinquència i control social*, Centre de studis Jurídics i Formació Especialitzada, 1998; CAFFREY, S., *How far can citizens perform the role of Social Control?* Ponencia para el Seminario de Howard League, Oxford, 1999.

⁴¹⁶ Para un mayor estudio de las teorías mencionadas, ver VON LISZT, F., *La idea del fin en el Derecho penal*, Comares, Granada, 1995; CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales* Tirant lo Blanch, Valencia, 1996; JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General I*, Bosch, Barcelona, 1981; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho Penal. Introducción*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000; MANTOVANI, F., “Sanzioni alternative alla pena detentiva e prevenzione generale”, en ROMANO, M. y STELLA, F., *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, Il Mulino, 1980; POLAINO NAVARRETE, M., *Derecho Penal. Parte General*, t. I,

las teorías de la pena es libre ya que desde el punto de vista metodológico ninguna de ellas está en condiciones de fundamentar de forma última sus puntos de partida: por eso, como en todos los problemas últimos, se podría admitir la solución de cualquier teoría de la pena siempre y cuando con ello no se pretenda cerrar la discusión sobre las mismas [...]”.

Teorías absolutas

También reconocidas como retributivas, se caracterizan porque se impone una pena por el hecho de que se ha delinquido, por una exigencia de la justicia (*punitur quia peccatum est*), es decir, se impone una pena sin tener en cuenta los fines a perseguir con la misma. Los principales teóricos de las teorías absolutas, se suele citar a Platón, Fichte, Sthal, Spendel, Weber, Wegner, Hälschner, Binding y más recientemente, Schmitt, Freisler, Mezger, Maurach o Fletcher. En España, citamos a San Agustín, Sto. Tomás de Aquino, Alfonso de Castro, Joaquín Francisco Pacheco, Rodríguez Devesa o Cuello Calón. Pero, sin duda, de entre todos destacan Kant y Hegel⁴¹⁸. Estas teorías tienen su origen en planteamientos religiosos, son numerosos los autores que han planteado la vinculación entre lo religioso y la expiación-retribución⁴¹⁹, afirmándose, incluso,

Bosch, Barcelona, 2001; CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas. (Análisis crítico sobre los fines de la pena)*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, nº. 44, Dykinson, Madrid, 2008.

⁴¹⁷ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “¿Otra vez la vuelta a von Liszt?”, en VON LISZT, F., *La idea del fin en el Derecho penal*, Comares, Granada, 1995, p. 27.

⁴¹⁸ Ver RÖDER, C.D.A., *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones. Ensayo crítico preparatorio para la renovación del Derecho penal*, trad. de Giner de los Ríos, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1876; JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. I, Bosch, Barcelona, 1981. En otro sentido, ALBIN ESSER, M.C.J., “*Menschengerechte*” *Strafjustiz. Vision eines am Menschen als Einzel- und Sozialwesen orientierten Straf- und Verfahrenssystems*, trad. de J.M. LANDA GOROSTIZA, “Una justicia penal a la medida del ser humano”, *Revista de Derecho penal y criminología*, nº. I, 1998, pp. 131-151; ARNOSO, A., “Representación del delito y demandas de seguridad de la población”, *Congreso servicios sociales y cárcel. Alternativas a la actual cultura unitiva*, Salhaketa, Vitoria-Gasteiz, 2004.

⁴¹⁹ Se cita por muchos autores textos donde aparece el principio de retribución, así en el Mensaje del Papa Pío XII, en el VI Congreso Internacional de Derecho Penal en 1954; la Ley del Talió reconocido como expresión de justicia, en la Biblia tanto en el Génesis,

que la pena retributiva es la expresión de los Estados de base teocrática⁴²⁰. Muchos han sido los seguidores, como ya he indicado, pero los más destacados son Kant, dando origen a la retribución moral⁴²¹, y Hegel, a la retribución jurídica⁴²².

En cuanto a la *retribución moral*, se ampara en el principio de culpabilidad siendo límite para no imponer una pena inhumana. La mayor parte de la doctrina entiende que la Ley del Talión (*lex talionis*) es la máxima ley donde se refleja la medida retributiva o la teoría absoluta de la pena, es decir, castigo

Cap. 9, versículo 6 como en el Éxodo, Cap. 21, versículo 23 y ss., en San Mateo, San Lucas, etc. MILITELLO, V., *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Guffrè, Milano, 1982, p. 47.

⁴²⁰ MIR PUIG, S., "El sistema de Derecho penal en la Europa actual", en SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin, Bosch, Barcelona, 1995, p. 28, ver la cita que hace CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas. (Análisis crítico sobre los fines de la pena)*, cit., pp. 16-17.

⁴²¹ Para un mayor estudio, entre otros, a BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, cit.; ANTÓN ONECA, J., *Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración*, Instituto de Ciencias Jurídicas, Madrid, 1965; GARCÍA VALDÉS, C., *Teoría de la pena*; FLETCHER, G., *Conceptos Básicos de Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997; RÖDER, C.D.A., *Sobre el delito y la pena*, cit., p. 50; BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., "Pena y Estado", *Papers*, n.º. 13, 1980, pp. 102-103; ROXIN, C., *Iniciación al Derecho penal de hoy*, cit., pp. 34 y 138-139; HASSEMER, W., *Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 21-22; CATTANEO, M.A., *Pena, diritto e dignità umana*, cit., pp. 58-59; NAUCKE, W., "Le droit penal retributif selon Kant", *Retribution et Justice Penale, Travaux et Recherches de l'Université de Droit, d'Economie et des Sciences Sociales de Paris*, PUF, París, 1983.

⁴²² Para un mayor estudio, RÖDER, C.D.A., *Sobre el delito y la pena*, cit., p. 50; JESCHECK, H.H., *Parte General*, t. I, cit., p. 97; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Fundamentos de Derecho penal*, cit., p. 67; del mismo, "¿Otra vez la vuelta de von Liszt?", cit., pp. 12-13; SERRANO BUTRAGUEÑO, I., "Introducción al Discurso sobre las penas de Manuel de Lardizábal", cit., p. XXVII; DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1999, pp. 58-59; MILITELLO, V., *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, cit., p. 51; BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., "Pena y Estado", cit., p. 103; de los mismos, *Lecciones de Derecho Penal*, t. I, cit., p. 45; HINCHMAN, L., "Hegel's Theory of Crime and Punishment", *Review of Politics*, n.º. 44, 1982, pp. 523-545.

igualado a crimen⁴²³. En sentido crítico, Kant⁴²⁴ aseveró que la pena judicial “no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele sólo “porque ha delinquido”. Kant⁴²⁵ consideraría que “si todos los miembros de una comunidad acordaran por unanimidad disolverla, antes de ello se llevara a cabo, debería ejecutarse al último asesino que estuviera en prisión, para que todo el mundo supiera el trato que merece sus hechos”. Para Kant la pena es una necesidad ética⁴²⁶.

Por lo que se refiere a la *retribución jurídica* de Hegel, se fundamenta en un procedimiento dialéctico, la tesis es que el delito supone la negación del Derecho y la antítesis supone que la pena es la negación del delito. Luego, la síntesis (negación de la negación) indica que la pena es la afirmación del Derecho⁴²⁷, o también la pena es la reafirmación del ordenamiento porque niega la negación del Derecho que supone el delito⁴²⁸. O, como indica el propio Hegel⁴²⁹, “la superación del delito se realiza, en consecuencia, mediante

⁴²³ En la obra de FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar*, cit., también encontramos numerosas sanciones en función del delito cometido. Pero también están aquellos que desvinculan la Ley del Talión de las teorías retributivas, así CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, cit., p. 66, para quien el fin garantista limitador de la retribución supone una desautorización de la idea cristiana de retribución basada en el talión; GRACIA MARTÍN, L., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 55, indica que la moderna retribución, entendida como reafirmación del Ordenamiento y no como compensación de un mal moral, no puede identificarse con el principio talional.

⁴²⁴ KANT, I., *Metafísica de las costumbres*, cit., p. 166.

⁴²⁵ *Ibidem*, p.165.

⁴²⁶ BYRD, S., “Kant’s Theory of Punishment: Deterrence in its Threat, Retribution in its Execution”, cit., pp. 151-200; NAUCKE, W., “Le droit penal retributive selon Kant”, *Retribution et Justice Penale*, Travaux et Recherches de l’Université de Droit, d’Economie et des Sciences Sociales de París, París, 1983, pp. 80 y ss.

⁴²⁷ RIVERA BEIRAS, I. y ALMEDA, E., *Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Ayuntamiento de Barcelona, Barcelona, p. 50, para Rivera Beiras la doctrina retributiva típica es siempre una doctrina de la retribución moral.

⁴²⁸ CASTRO MORENO, A., “El por qué y el para qué de las penas”, cit., pp. 23-24.

⁴²⁹ HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Recht*, 1821, pp. 99 y 101. Sobre el tema, ROXIN, C., ARZT, G. y TIEDEMANN, K., *Introducción del Derecho penal y al Derecho penal*

la retribución, en tanto que vulneración de la vulneración del Derecho y, de este modo, la esencia del delito, que tiene una dimensión cualitativa y cuantitativa determinada, encuentra su correlativa negación". Los defensores de las teorías absolutas manifiestan que éstas proclaman y defienden la dignidad de la persona humana⁴³⁰, no obstante, frente a ellos están los autores que consideran que las teorías absolutas de la pena no respetan la dignidad humana. Así, Bustos Ramírez⁴³¹ entiende que "no parece racional ni tampoco apropiado a la dignidad de la persona humana que la pena solo consista en un mal". En sentido similar, Röder⁴³² afirma que la unión de la idea retributiva con la venganza hace que se incurra en un trato indigno, indica que la dignidad humana resulta incompatible con la imposición de una pena carente de finalidad.

Afinando un poco más la cuestión, Klung⁴³³ considera que "la represalia que no persigue ningún fin, con la que no se persigue alcanzar algún bien [...] lesiona la dignidad del hombre y, en verdad, no sólo en el sentido de las normas morales, sino en el sentido de la Constitución [...]. Precisamente el respeto a la dignidad del hombre exige que la sociedad no devuelva los golpes como un mero criterio de represalia, sin objetivo alguno [...]". También se ha criticado la falta de demostración empírica de su presupuesto, que la compensación de la culpabilidad formulada sólo puede admitirse mediante un acto de fe⁴³⁴. Por su

procesal, Ariel, Barcelona, 1989, p. 56. La teoría de Hegel se caracteriza porque exigía una igualdad valorativa, HINCHMAN, L., "Hegel's Theory of Crime and Punishment", *Review of Politics*, nº. 44, 1982, pp. 523- 545; STAWELL, F.J., "Hegel's Theory of Punishment", *International Journal of Ethics*, nº. 7, 1986-87, pp. 95-96.

⁴³⁰ Uno de los que lo afirma es Welzel, al establecer la distinción entre el hombre y el animal siendo la principal diferencia la libertad respecto de las normas innatas e instintivas de conducta y por la capacidad y misión de descubrir y establecer por sí mismo la rectitud de la conducta por medio de actos inteligentes; WELZEL, H., *Derecho penal alemán. Parte general*, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 1976, p. 203, citado por CASTRO MORENO, A., "El por qué y el para qué de las penas", cit., p. 25.

⁴³¹ BUSTOS RAMÍREZ, J., *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1987, p. 94.

⁴³² RÖDER, C.D.A., *Las doctrinas fundamentales reinantes*, cit., p. 57.

⁴³³ KLUNG, citado por SERRANO BUTRAGUEÑO, I., "Las penas en el Código Penal de 1995", *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, nº. 1, 1996, p. 106.

⁴³⁴ CASTRO MORENO, A., "El por qué y el para qué de las penas", cit., pp. 26-27.

parte, Zugaldía⁴³⁵ manifiesta que supone una concepción moralizante del Derecho penal y que, realmente, no son aptas para responder a la cuestión de la necesidad de la pena, dado que se limitan a presuponer su necesidad, pero no la fundamentan.

La Escuela clásica, influenciada por el pensamiento de la Ilustración especialmente por las ideas de Beccaría, es partidaria de la pena pese a que es un mal, a diferencia de la Escuela positiva que entiende que la pena es una cura.

La Escuela clásica pese a que toma la doctrina de Beccaría, Romagnosi, Carmignani, no pertenecen a la misma, propiamente dicha. Además de Carrara y Rossi, está representada por Carmignani Giovanni, Larrizábal, Filangieri, entre otros, estos autores tratan el tema pero, no significa que mantengan esa posición. La Escuela clásica además de ser partidaria de la pena lo es de las teorías absolutas, Rossi, Carrara son los máximos exponentes quienes señalaban como principales postulados la razón y los límites del derecho a castigar por parte del Estado, la reivindicación de las garantías para el individuo sujeto al proceso penal y la oposición a la barbarie de las penas con que se castigaba al delincuente.

En suma, si las teorías absolutas parten de la culpabilidad del sujeto por el hecho de haber cometido un delito, pudiendo haber actuado de otra manera y, por ello merece tal castigo; la mayoría de la doctrina, entre ellos, Quintero Olivares, Zugaldía Espinar, Bajo Fernández, Dolcini, Luzón Peña, De la Cuesta Arzamendi⁴³⁶ mantienen que no es posible determinar la libertad de voluntad

⁴³⁵ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Fundamentos de Derecho Penal: parte general, las teorías de la pena y de la ley penal*, Universidad de Granada, Granada, 1990, p. 70, del mismo, "¿Otra vez la vuelta a von Liszt?", cit., p. 14.

⁴³⁶ Ver QUINTERO OLIVARES, G., "Determinación de la pena y política criminal", *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 4, 1978, p. 595; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Fundamentos de Derecho penal*, cit., p. 69; BAJO FERNÁNDEZ, M., "Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma", en FERNÁNDEZ ALBOR, A., *Estudios penales*, t. I, Universidad de Santiago de Compostela, 1977, p. 38; DOLCINI, E., "Appunti sul limite della colpevolezza nella commisurazione della pena", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fascículo 4, 1975; LUZÓN PEÑA, D.M., "Antinomias penales y medición de la pena", *Doctrina Penal*, nº. 7, 1979, p. 595; JORGE

por la que ha actuado el sujeto. También se critica a las teorías absolutas alegando que un mal no puede borrarse con otro mal, es decir, la pena impuesta no compensa al delito cometido⁴³⁷. En este mismo sentido, Kant⁴³⁸ indicaría que “la pena judicial [...] no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele sólo porque ha delinquido [...]”.

Estas teorías, en la actualidad no tienen cabida, han sido rechazadas por la mayoría de la doctrina, aunque se sigue dando importancia al principio de culpabilidad, a su capacidad para limitar el *ius puniendi* y la idea de proporcionalidad que gira en torno a la concepción retributiva⁴³⁹. Esta doctrina se justifica en la máxima de “devolver mal por mal”⁴⁴⁰.

Teorías relativas

Las teorías relativas están basadas en la configuración del hecho delictivo como fenómeno individual y susceptible de tratamiento individualizado,

BARREIRO, A., “La motivación en la individualización judicial de la pena”, en AA.VV., *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 52; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Imputabilidad y nuevo Derecho Penal”, en AA.VV., *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamento*. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López, Comares, Granada, 2000, p. 300; MORALES PRATS, F., “Precisiones conceptuales en torno a la culpabilidad: convenciones normativas y función individualizadora”, en AA.VV., *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamento*, cit., p. 173; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho penal. Introducción*, cit., p. 134.

⁴³⁷ En este sentido, BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, cit., p. 45, afirma que el fin de las penas no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales.

⁴³⁸ KANT, I., *La metafísica de las costumbres*, cit., p. 166. Incluso admitía que cuando estuviese en juego la sociedad se renunciase a la pena justa y fuese sustituida por otra (pp. 170-171).

⁴³⁹ CASTRO MORENO, A., “El por qué y el para qué de las penas”, cit., p. 31.

⁴⁴⁰ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., pp. 253-254; FALLS, M., “Retribution, Reciprocity and Respect for Persons”, *Law and Philosophy*, nº. 6, 1987, pp. 25-51; OLDENQUIST, A., “An Explanation to Retribution”, *Journal of Philosophy*, nº. 9, 1988, pp. 464 y ss.

defendiendo la meta resocializadora como el objetivo primordial del tratamiento penitenciario y objetivo principal de la pena privativa de libertad⁴⁴¹.

Dichas teorías, también llamadas prevencionistas, se caracterizan porque, al establecer la pena, lo que buscan es una utilidad social o individual, es decir, la prevención general⁴⁴² o especial. En consecuencia, tratar de evitar la comisión de delitos futuros (*punitur ut ne peccetu*), no tiene cabida la pena inútil, son seguidores de esta postura, entre otros, Montesquieu, Rousseau y Voltaire. El objetivo de la prevención se puede conseguir a través de la reeducación del

⁴⁴¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., "La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria", *Papers d'estudis i formació*, nº. 12, 1993, p. 16; ANIYAR DE C., *Criminología de la Reacción Social*, Maracaibo, 1977, considera al delito más que un fenómeno individual, un producto de las estructuras sociales. Así desde perspectivas como el "labelling approach" la condición "criminal" aparece no como una característica natural de ciertos comportamientos, sino más bien como un rótulo o etiqueta que se aplica a ciertos actos (o sujetos) mediante unos procesos de interacción de las instancias de control social, procesos de criminalización que, como demostrará la Criminología crítica infringen gravemente el principio de igualdad generalmente proclamado, afectando de manera mucho más incisiva a los pertenecientes a los sectores más desfavorecidos de nuestros grupos sociales, sigue afirmando que si la criminalidad es el resultado de los procesos de interacción sociales, difícilmente el instrumento resocializador ha de resultar idóneo para su prevención. Es más, a la vista del modo de funcionamiento de las instancias penales, son muchos los que califican de ilegítimo tratar de resocializar a los "pobres diablos" que pueblan nuestras prisiones sin atacar primero a la raíz y resocializar por tanto, en primer término, a la propia sociedad; BARATTA, A., "Criminología crítica y política penal alternativa", *Revista Internacional de Derecho Penal*, nº. 1, 1978, pp. 43 y ss.

⁴⁴² Seguidores como Bentham, Howard, Lardizabal y Von Feuerbach, éste desde el punto de vista teórico fue el primero que distinguió entre general y especial. Para Mir Puig, por ejemplo, la función preventiva general es una derivación del carácter social y democrático del modelo de Estado de Derecho. *Función de la pena y teoría del delito en un Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1982, pp. 21 y ss. En un sentido diferente, el de llevar a cabo una finalidad preventiva más allá de la proporcionalidad entre el delito y la pena se encuentra JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, trad. de Mir Puig, Barcelona, 1981, vol. 1, pp. 103 y ss., y GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., "La idea moderna de la proporcionalidad de las penas", *El pensamiento penal de Beccaría*, Bilbao, 1991, pp. 55 y ss. Un interesante estudio desde la perspectiva filosófico-jurídica en BETEGÓN, J., *La justificación del castigo*, Madrid, 1992.

delincuente, es la llamada prevención especial positiva, o a través de un mayor fortalecimiento del derecho de los ciudadanos, es la llamada prevención general positiva⁴⁴³, sus principales teóricos son Roxin⁴⁴⁴, Hassemer⁴⁴⁵ y Jakobs⁴⁴⁶. Frente a

⁴⁴³ Sobre la prevención general positiva, pueden verse, GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., "Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española (Proyecto de 1980 de Código Penal)", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, nº. 3, Madrid, 1980, pp. 143-145; ROXIN, C., "La Parte General del Derecho Penal sustantivo", en ROXIN, C., ARZT, G. y TIEDEMANN, K., *Introducción al Derecho penal y al Derecho penal procesal*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 26; HASSEMER, W., "Prevenzione generale e commisurazione della pena", cit., pp. 134-135; GARCÍA ARÁN, M., "La prevención general en la determinación de la pena", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fascículos II y III, 1981, p. 514; BARATTA, A., "Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica", cit., p. 535; EUSEBI, L., *La pena <<in crisi>>. Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, Morcelliana, 1990, p. 27; CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, cit., p. 64; DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, cit., p. 109; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho Penal. Introducción*, cit., pp. 141-147.

⁴⁴⁴ ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*, Reus, Madrid, 1991, pp. 43-46, 48-50, 133-134, 182-183; del mismo, *Iniciación al Derecho penal de hoy*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1981, pp. 48-49; del mismo, *Dogmática penal y Política Criminal*, Idemsa, Lima, 1998, pp. 34-43; del mismo, "¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho Penal?", *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 30, 1986, pp. 671-692.

⁴⁴⁵ HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho Penal*, cit., pp. 391-394.

⁴⁴⁶ JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 9-19, nº. margs. 4-16; del mismo, "El principio de culpabilidad", *Estudios de Derecho Penal*, Cívitas, Madrid, 1997, pp. 365-393; del mismo, "Culpabilidad y prevención", *Estudios de Derecho Penal*, Cívitas, Madrid, 1997, pp. 73-79. No obstante, para este autor, la función de la pena no estriba en la protección de bienes jurídicos sino en la mera afirmación de la vigencia de las normas penales; CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas (Análisis crítico sobre los fines de la pena)*, cit., p. 65; HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho. (El objeto protegido por la norma penal)*, PPU, Barcelona, 1991, pp. 104-105, quien afirma que para Jakobs, la función de la pena es preventiva. Por eso, la pena va dirigida a todos, no sólo a los delincuentes potenciales, y tiene por fin la prevención general positiva. La posición de Jakobs es criticada, entre otros, por Roxin, ya que al prescindir de la protección de bienes jurídicos, la tesis dejaría de ser una verdadera teoría relativa (preventiva) de la pena, ROXIN, C., "¿Qué queda de la culpabilidad en

esto se encuentra la prevención negativa, es decir, mediante la intimidación a la sociedad para que no cometan delitos y la prevención general negativa, o intimidación al sujeto que ha cometido el hecho delictivo⁴⁴⁷, sus principales teóricos son Beccaria, Feuerbach, Bentham o Lardizábal, además antes han mantenido esta teoría de la pena, Hobbes, Grotius Pufendorf, Locke, Thomasius, Filangieri, Romagnosi, Wolff, Schopenhauer. Walker⁴⁴⁸ lo resume diciendo que la única diferencia es que, mientras que la prevención general actúa sobre la imaginación (haciendo presente al potencial delincuente el mal que supone la pena), la prevención especial actúa sobre la memoria de quien ya la ha sufrido.

Históricamente, como refiere Platón⁴⁴⁹, ya encontramos indicios de la teoría relativa en un diálogo entre Protágoras y Sócrates que sostiene: “Si quieres, Sócrates, toma en consideración qué se gana con castigar a los injustos; esto te enseñará que los hombres consideran que la virtud puede proveerse, puesto que nadie castiga a los injustos teniendo en mente que cometieron injusticia o por haberla cometido, a no ser que se esté vengando irracionalmente como un animal. El que se dispone a castigar con razón no toma venganza por la injusticia pasada -ya que no desharía el hecho-, sino por el futuro, para que no vuelva a cometer injusticia ni éste ni otro que vea al castigado. Y al tener esta intención también piensa que la virtud es enseñable, dado que castiga en

Derecho Penal?”, cit., pp. 680-683.

⁴⁴⁷ Sobre el significado de la teoría de la prevención general de intimidación pueden verse, CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, cit., p. 64; CATTANEO, M. A., *Pena, diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, cit., pp. 105- 107; MANTOVANI, F., “Sanzioni alternative alla pena detentiva e prevenzione generale”, cit., p. 73; SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, J.R., *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho penal*, Gráfico Horizonte, Lima-Perú, 1999, p. 61; POLAINO NAVARRETE, M., *Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 118-121; ANDENAES, J., “La prevenzione generale nella fase della minnancia, dell’irrogazione e dell’esecuzione della pena” en ROMANO, M. y STELLA F., *Teoria e presi della prevenzione generale dei reati*, Il Mulino, Bologna, 1980, p. 33.

⁴⁴⁸ WALKER, N., “La eficacia y la justificación moral de la prevención”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 11, 1980, p. 131.

⁴⁴⁹ PLATON, *Protágoras*, 424.a y b, en *Protágoras, Georgias*, Alianza, Madrid, 1998, pp. 61-62.

prevención". Por su parte, Feuerbach planteó que el "impulso sensual será eliminado en cuanto cada uno sepa que inevitablemente seguirá un mal a su hecho, que es mayor que el desagrado que surja del impulso no satisfecho hacia el hecho"⁴⁵⁰.

Para Luzón Peña⁴⁵¹, la prevención general significa intentar evitar la comisión de delitos por parte de la generalidad de los ciudadanos, es decir, con independencia de si en concreto han delinquido ya alguna vez o no. Por la doctrina penal es considerada como fin de la pena. Este autor considera que "pese a que debe haber una conciliación entre la prevención general y la especial, se debe dar preferencia a las exigencias preventivo-generales: pues aunque una pena sea preventivo-especialmente innecesaria, en caso de delitos muy graves los peligros para la sociedad serían mucho mayores, dada la indicada falta de estabilidad de las conciencias y de los mecanismos inhibidores y represivos de las tendencias agresivas y antisociales latentes en la sociedad [...]".

Sin restarle importancia a las teorías de la prevención general que se dirigen al conjunto de la sociedad para impedir que cometan delitos, me centraré más detalladamente en la prevención especial en un Capítulo posterior, que es la que se dirige al delincuente propiamente dicho por tener mayor relación con la reeducación del mismo y la reinserción en la sociedad. No obstante, no quiero dejar de establecer resumidamente el contenido, fundamento y principales teóricos de la prevención general tanto positiva como negativa.

En cuanto a la prevención general negativa, caracterizadas porque es la única que no confunde el derecho con la moral, he indicado con anterioridad que se basa en la intimidación de la sociedad para que no cometa hechos delictivos. Se trata de evitar determinados comportamientos que pueden llevar aparejada la comisión de alguno de los delitos tipificados, de tal manera que, atendiendo a dicha premisa, la pena no es considerada como un bien, sino que es el mal por el delito cometido. Para que la sociedad sepa que determinados actos son delictivos, todo delito tiene que fundamentarse en el principio de

⁴⁵⁰ BUSTOS RAMÍREZ, J., *Introducción al Derecho Penal*, Tervns, Bogotá, 1986, p. 75.

⁴⁵¹ LUZÓN PEÑA, D.M., "Prevención general, sociedad y psicoanálisis", *Cuadernos de Política Criminal*, n.º. 16, 1982, pp. 93-96.

legalidad para su conocimiento; su actual formulación es *nullum crimen nulla poena sine lege scripta, stricta, praevia i certa*⁴⁵².

Por lo que se refiere a los principales teóricos debemos destacar la tesis de Beccaria⁴⁵³, quien indica: “¿queréis evitar los delitos? [...] Haced que los hombres los teman, y no teman más que a ellos. El temor de las leyes es saludable”. Además, Feuerbach es quien desarrolló la teoría de la coacción psicológica, siendo característico de las teorías preventivas generales que, a través de la pena, la intimidación a los individuos se abstengan de cometer hechos delictivos. Para este autor la pena es un imperativo categórico.

Hobbes, Locke, Thomasius, Filangieri, Schopenhauer, tratan el tema de la teoría relativa de la pena, y como uno de los principales textos *Las Partidas*⁴⁵⁴, en las que se indicaba que “las penas se imponen por dos razones: la primera, porque reciban escarmiento de los delitos cometidos. La segunda, para que todos los que oyeren o vieren tomen ejemplo o apercebimiento para guardarse de no delinquir por miedo a las penas”. En sentido amplio, Bentham⁴⁵⁵ lo resumía indicando que “la prevención general es efecto de la denuncia de la pena y de su aplicación, la que según la expresión común y justa, sirve de ejemplo; porque la pena padecida por el delincuente ofrece a los demás un ejemplo de lo que sufrirían si cometiesen el mismo delito. La prevención general es el objeto principal de las penas, es también la razón que las justifica”. Lardizabal⁴⁵⁶ para quien el primero y principal fin de la pena es la protección de la

⁴⁵² Atribuido a Feuerbach. Rechaza el correccionalismo penal.

⁴⁵³ BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, cit., Cap. 41, “Cómo se evitan los delitos”, pp. 105-106 y el Cap. 12 “fin de las penas”.

⁴⁵⁴ *Las Partidas*, Partida VII, Título XXXI, Ley 1. *La Nueva Recopilación*, Libro II, Título II, Cap. 2; y la *Novísima Recopilación*, Libro III, Título II, Ley 2.

⁴⁵⁵ BENTHAM, J., *Teoría de las penas y de las recompensas*, trad. de J. López Bustamante, Libro I, Cap. III “Del objeto de las penas”, París, 1826, p. 17. Ver el Libro I, Cap. IV “Coste de las penas” en el que distingue entre valor aparente de las penas (es el mal probable que se presentaría a la imaginación del común de los hombres, por la vista o descripción de la pena, o por la vista de su ejecución), y valor real (es el mal completo de la pena, se sufriría siendo impuesta), (p. 21); del mismo, *Tratados de Legislación Civil y Penal*, trad. de B. Arduaga Espinosa, t. IV, Madrid, 1842, pp. 154-155 en donde se detalla cómo ha de ser la ejecución de la pena para el público asistente.

⁴⁵⁶ LARDIZABAL, M., *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España*

sociedad y la seguridad de los ciudadanos, considera que “las buenas leyes procuran por todos los medios posibles evitar los delitos para no verse en la necesidad de castigarlos; y cuando se vean precisados a ello, hacen que el mismo castigo, que ya no pueden excusar, sirva por su aparato y publicidad de prevención a los demás”.

Por su parte, para Ferrajoli⁴⁵⁷ la teoría de la prevención general negativa o intimidatoria, es la única que no confunde el derecho con la moral o la naturaleza frente a las positivas que son de integración⁴⁵⁸. Ferrajoli⁴⁵⁹ defiende que el fin de la prevención general, mediante la amenaza legal, es necesario para justificar las penas respecto a los delitos previstos, no es suficiente como criterio de limitación de las penas dentro de un modelo de Derecho penal mínimo y garantista⁴⁶⁰. Por otro lado, se alega por Ferrajoli⁴⁶¹ que hay otro fin añadido a la pena mínima y es la prevención no del delito sino de otro mal, la

para facilitar su reforma, Cap. III “del objeto y fines de las penas”, Ararteko, Vitoria, 2001, p. 47 y el Cap. II “De las cualidades y circunstancias que deban concurrir en las penas para ser útiles y convenientes”, en el que detalla que el conocimiento de los hechos que han llevado al criminal a cometer un delito sean conocidos por la sociedad para que se abstengan de realizar en el futuro por miedo a la pena impuesta. Además entendía que el poder de castigar tiene un origen divino por lo que trató de unir su teoría junto con el contrato social.

⁴⁵⁷ FERRAJOLI, L, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit. pp. 275-276.

⁴⁵⁸ Ver STELLA, F., “Il problema della prevenzione della criminalità”, *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Il Mulino, Bologna, 1980.

⁴⁵⁹ FERRAJOLI, L, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit. p. 280.

⁴⁶⁰ En este sentido, BARATTA, A., “Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale”, *Dei Delitti e Delle Pene*, n.º. 3, 1985, pp. 443-474; FERRAJOLI, L., “El Derecho Penal Mínimo”, *Poder y Control, Revista Hispano-latinoamericana de disciplinas sobre el control social*, n.º. 0, PPU, Barcelona, 1986, pp. 25-48.

⁴⁶¹ FERRAJOLI, L, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit. p. 332. Ese fin del que habla Ferrajoli también es idóneo para indicar el límite máximo de la pena por encima del cual no se justifica el que sustituya a las penas informales. Afirma que según la idea de los iusnaturalista y contractualistas, la pena es el producto en primer lugar de la socialización y luego de la estatalización de la venganza privada, concebida a su vez como expresión del derecho natural “de defensa” que en el estado de naturaleza corresponde a cada hombre para su conservación (p.333).

mayor reacción que a falta de penas podría provenir de la parte ofendida o de fuerzas sociales o institucionales solidarias con ella, la cual tutela no sólo a la persona ofendida por el delito, sino también al delincuente frente a las reacciones informales, públicas o privadas. De modo que la pena “mínima necesaria” de la que hablaban los ilustrados no sólo es un medio, sino que es ella misma un fin: el fin de la minimización de la reacción violenta al delito.

Ambas finalidades preventivas (la de los delitos y la de las penas arbitrarias) están conectadas sobre la base de que legitiman conjuntamente la “necesidad política” del Derecho penal como instrumento de tutela de los derechos fundamentales, definiendo éstos normativamente los ámbitos y límites de aquél en cuanto bienes que no está justificado lesionar ni con los delitos ni con los castigos⁴⁶². Afirma Ferrajoli que esta legitimidad es *garantista*⁴⁶³, residiendo en los vínculos impuestos por la ley a la función punitiva para la tutela de los derechos de todos. Orientar el Derecho penal hacia el fin único de la prevención general negativa excluye la confusión del Derecho penal con la moral que caracteriza a las doctrinas retribucionistas. Por último, este autor nos indica que no debemos olvidarnos de la prevención de los delitos, indicando que la prevención de los castigos es excesiva e incontrolada. El daño de los delitos prevenido por las penas no debe hacernos olvidar el daño de las penas por prevenir los delitos⁴⁶⁴.

A la luz de lo examinado hasta ahora, cabe concretar que dichas teorías han sido criticadas por falta de legitimación empírica, moral, desproporcionalidad, y su posible incapacidad para justificar determinadas instituciones penales como la inimputabilidad o el error de prohibición⁴⁶⁵. Es Mapelli⁴⁶⁶ quien equipara la

⁴⁶² *Ibidem*, pp. 335-336.

⁴⁶³ Define el *garantismo* como lo que tutela a los valores o derechos fundamentales cuya satisfacción, aun contra los intereses de la mayoría, es el fin justificador del derecho penal: la inmunidad de los ciudadanos contra la arbitrariedad de las prohibiciones y de los castigos, la defensa de los débiles mediante reglas del juego iguales para todos, la dignidad de la persona del imputado y por consiguiente la garantía de su libertad mediante el respeto también de su verdad. *Ibidem*, pp. 335-336; designa un modelo normativo de derecho (p. 851).

⁴⁶⁴ *Ibidem*, pp. 277-281.

⁴⁶⁵ CASTRO MORENO, A., “El por qué y el para qué de las penas”, cit., p. 47. En pp. 47 a 62 hace el autor un estudio más detallado de las críticas a dichas teorías.

resocialización preventiva al tratamiento penitenciario cuando “se pretende hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la ley penal [...]”. Considerando que no se trata de la resocialización tipificada en el artículo 25.2 de la CE, sino que “es un principio fundamental de humanización de la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad en virtud del cual éstas deben adaptarse a las condiciones generales de la vida en sociedad (principio de atenuación) y contrarrestar las consecuencias dañinas de la privación de libertad (principio de *nil nocere*)”.

En cuanto a la prevención general positiva, lo que se pretende es evitar la comisión de delitos concienciando a los ciudadanos a través de mandatos y prohibiciones legales. En este sentido, Castro Moreno⁴⁶⁷ indica que “se trata de robustecer la confianza de los ciudadanos en la inquebrantabilidad del ordenamiento jurídico, que se impone, a través de la pena, frente al delito” o, como asevera Bustos Ramírez⁴⁶⁸ “la prevención general positiva no deja de ser una reformulación de la prevención general intimidatoria ya que motivaría, no a través del miedo, sino a través del Derecho que cumpliría un función comunicativa de los valores jurídicos [...]”. No obstante, como bien afirma Cervelló⁴⁶⁹, la prevención general positiva o integradora supone de alguna manera una vuelta a las ideas retributivas al considerar que la pena sirve como afirmación del Derecho en la colectividad creando una conciencia social de tranquilidad y confianza jurídica.

Su principal teórico ha sido Roxin⁴⁷⁰ con su *teoría de la prevención general integradora o compensador*⁴⁷¹, quien manifiesta que la imposición de la pena se

⁴⁶⁶ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 99.

⁴⁶⁷ *Ibidem*, p. 63.

⁴⁶⁸ BUSTOS RAMIREZ, J. y HORMAZABAL MALAREE, H., *Lecciones de Derecho penal*, t. I, Trotta, Madrid, 1997, p. 50.

⁴⁶⁹ CERVELLÓ DONDERIS, V., “El sentido actual del principio constitucional de reeducación y reinserción social”, *Presente y futuro de la Constitución española de 1978*, Universidad de Valencia, Valencia, 2005, pp. 217-233; PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y Prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1986.

⁴⁷⁰ ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, cit., pp. 43 y ss.

debe a la culpabilidad del sujeto, así como empieza a utilizar el término *responsabilidad* en sustitución de *culpabilidad*, pero debe constatar la capacidad de culpabilidad y la necesidad de prevención de la pena, entendiendo que la culpabilidad no fundamenta la pena, aunque sea un presupuesto necesario y límite máximo de la pena. Este autor mantiene una teoría mixta⁴⁷².

En un sentido más crítico, Jakobs⁴⁷³ considera que la culpabilidad consiste en caracterizar la motivación no conforme a Derecho del autor como motivo de conflicto, [...] el concepto de culpabilidad no ha de orientarse hacia el futuro, sino que de hecho está orientado hacia el presente, en la medida en que el Derecho penal funciona, es decir, contribuye a estabilizar el ordenamiento". Pero, fue Von Liszt⁴⁷⁴ quien señaló que "la pena es prevención mediante represión, o como podría decirse también, represión por medio de prevención, [...] la pena de protección es la pena de retribución".

También, las teorías relativas han sido criticadas por un sector de la doctrina. Así, unos -Serrano Maíllo- manifiestan que el delito, por regla general, es un fenómeno normal e inevitable de toda sociedad sana⁴⁷⁵ o -como Baratta- que representa una visión aséptica, tecnocrática y acrítica de la sociedad, pero no una valoración ni una crítica al fundamento del sistema

⁴⁷¹ Es la teoría más seguida por la doctrina, CASTRO MORENO, A., "El por qué y el para qué de las penas", cit., p. 67.

⁴⁷² Según Castro Moreno, no es de extrañar que se mencione al mismo autor dentro de la prevención general positiva y como partidario de una teoría mixta de la pena, si se admite como hace ALCÁCER GUIRAO, R., "Los fines del Derecho penal: Una aproximación desde la filosofía política", *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, t. 51, 1998, p. 361, que "la teoría de la prevención general positiva se presenta en la doctrina como una teoría unitaria", CASTRO MORENO, A., "El por qué y el para qué de las penas", cit., p. 68, nota n. 197.

⁴⁷³ JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, cit., p. 580; del mismo, "El principio de culpabilidad", *Estudios de Derecho Penal*, Cívitas, Madrid, 1997, y "Culpabilidad y prevención", *Estudios de Derecho Penal*, Cívitas, Madrid, 1997.

⁴⁷⁴ VON LISZT, F., *La idea del fin en el Derecho penal*, cit., p. 50 y pp. 92 y ss.

⁴⁷⁵ SERRANO MAÍLLO, A., *Ensayo sobre el derecho penal como Ciencia. Acerca de su construcción*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 167.

social⁴⁷⁶. Asimismo, una pena que mire prioritariamente a la autoafirmación del poder punitivo del Estado deviene necesariamente en un puro retribucionismo, al acoger una concepción autoritaria y expansiva *ius puniendi* que deja sin respuesta el fin fundamental que persigue⁴⁷⁷.

Pero, en sentido amplio, Feuerbach⁴⁷⁸ cree que la ley es general y necesaria: rige para todos los ciudadanos, amenaza con pena a todo el que se haga punible, y establece esa pena precisamente porque hay una ley como consecuencia jurídica necesaria del delito. Quien realiza esa acción tiene que sufrir la pena; nadie que realice la acción debe librarse de ella. La pena y el delito se encuentran condicionados mutuamente: nadie puede querer una cosa sin la otra; nadie puede determinarse para el hecho contrario a la legalidad sin querer a la vez someterse al mal. El fin de la ley y de la amenaza contenida en ésta es, por tanto, el efecto intimidatorio del hecho que está conminado con el mal. Habla de la prevención general caracterizada porque vincula el fundamento y el fin de la pena a la seguridad del Estado.

Parte de la doctrina, entre los que cabe citar a Roxin o García-Pablos⁴⁷⁹, es partidaria de estas teorías ya que suponen una garantía del ciudadano frente a los posibles abusos del Estado, basadas en el principio de proporcionalidad entre culpabilidad-pena. Encontrando una postura contraria como la de Jescheck⁴⁸⁰, quien mantiene que el principio de libre albedrío resulta científicamente

⁴⁷⁶ BARATTA, A., "Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica", *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 24, 1984, p.544.

⁴⁷⁷ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., "¿Otra vez la vuelta a von Liszt?", cit., p. 25; del mismo, *Fundamentos de Derecho Penal: parte general*, cit., p. 78. Ver las críticas realizadas por ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte general*, cit.; MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia. 2000, p. 95; PÉREZ MANZANO, M., "Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena", en SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Política Criminal y nuevo derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1997, p.78.

⁴⁷⁸ FEUERBACH, J.P.A., *Anti-Hobbes*, Huyesen, 1797, p. 49, citado por FALCÓN Y TELLA, M^a. J. y FALCÓN Y TELLA, F., *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, cit., p. 187.

⁴⁷⁹ ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, t. I, cit., p. 84, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho Penal. Introducción*, cit., p. 132.

⁴⁸⁰ JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 76-77.

indemostrable, la misión del Estado es recurrir a la pena para mantener la convivencia social.

1.4. PRIVACIÓN Y RESTRICCIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD

1.4.1. Reconocimiento del derecho

El reconocimiento del genérico derecho a la libertad figura en los siguientes textos internacionales de derechos humanos: el artículo 1 de La Declaración Americana de Derechos del Hombre de 1948 establece que: “Todo ser humano tiene derecho a [...] la libertad [...]”; el artículo 3 de La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 afirma que “Todo individuo tiene derecho a la [...] libertad”; el artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 establece que “Toda persona tiene derecho a la libertad [...]”; el párrafo 1º del Preámbulo de La Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud, adoptada por la Conferencia de plenipotenciarios en el seno de las Naciones Unidas el 7 de septiembre de 1956 establece que: “[...] la libertad es un derecho innato de todo ser humano”; el artículo 1 del Protocolo n.º 4 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1963 establece la prohibición de la prisión por deudas: “Nadie puede ser privado de su libertad por la única razón de no poder ejecutar una obligación contractual”; el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 dice que “Todo individuo tiene derecho a la libertad [...]”; el artículo 2 de La Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales, aprobada en virtud de la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de mayo de 1989, mantiene que “Todo individuo tiene derecho [...] a la libertad [...]”, entre otros, y en cuanto al ámbito nacional no sólo es el mencionado artículo 17 de la CE, sino el artículo 17 de la LOGP: “la libertad [...] será acordada por la autoridad competente; también serán puestos en libertad cuando pasadas las 72 horas desde su ingreso no se hubiera recibido mandamiento u orden de prisión”, así como los artículos 22 y ss. del RP.

En resumen, atendiendo al artículo 5.1 del Convenio Europeo, el derecho a la libertad y a la seguridad exigen que este derecho sea concebido como un

todo, es decir, una protección contra todo atentado arbitrario⁴⁸¹. Atendiendo al artículo 17 de la CE⁴⁸² el derecho a la libertad va necesariamente unido a la seguridad, entendiendo la libertad frente a la seguridad personal, y afirmando, pues, que nadie puede ser detenido ni preso sino con arreglo a la ley, es decir, en la garantía contra las privaciones arbitrarias de libertad por obra del poder público⁴⁸³. Como no estamos ante un derecho absoluto e ilimitado no hay total libertad, de otro lado, tanto la libertad como la seguridad pueden generar tensiones.

La época anterior a la cárcel se caracteriza porque no se consideraba a la libertad como un valor, ni que la privación de la misma fuese un mal. Antes de la época capitalista la cárcel no existía tal como la concebimos hoy día como ejecución de las penas, es con el nuevo sistema de producción cuando la libertad adquirió un valor económico⁴⁸⁴. Se crea, por tanto, un sistema represivo como defensa social⁴⁸⁵, “una represión que se legitima como una acción dirigida a neutralizar a quien es socialmente peligroso [...] como privado de racionalidad”⁴⁸⁶.

⁴⁸¹ STEDH de 18 de diciembre de 1986, citado por SANGUINÉ, O., *Prisión provisional y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 372.

⁴⁸² La STC 2/1981, de 30 de enero, manifiesta que, el art. 17.1, se refiere a la genérica libertad individual.

⁴⁸³ BANACLOCHE PALAO, J., *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el Derecho español*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 54.

⁴⁸⁴ *Ibidem*, pp. 36-37, desarrolla cuándo se reconoce el trabajo como asalariado, y como medio en el tiempo, se concibe una pena que privase al culpable de un quantum de libertad, es decir, de un quantum de trabajo asalariado, siendo desde este momento la cárcel la sanción penal más difundida, la pena por excelencia en la sociedad productora de mercancías.

⁴⁸⁵ La defensa social tiene una ideología cuya función es justificar y racionalizar el sistema de control social en general y el represivo en particular, PAVARINI, M., *Control y dominación*, cit., pp. 49- 50.

⁴⁸⁶ *Ibidem*, pp. 50-51, manifiesta que el positivismo criminológico era capaz de negar toda racionalidad a la acción criminal interpretando ésta como patológicamente necesitada.

1.4.2. Cuestiones doctrinales

1.4.2.1. Una aproximación a la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico español

Tras el artículo 1 de la CE se esconden numerosas teorías sobre si se trata de un precepto con connotaciones iusnaturalistas o no, incluso, insinuando su naturaleza intangible⁴⁸⁷. En este sentido, creo que es acertada la posición de Peces-Barba al decir que el artículo 1 de la CE suprime al idealismo iusnaturalista y vincula el derecho al poder del Estado⁴⁸⁸. Estamos ante un Estado de Derecho, tratando de dar soluciones a lo que ya se planteaba en el *Contrato social* de Rousseau, es decir, encontrar una fórmula que, a la vez, defienda y proteja a la persona y a los bienes de la misma, estableciéndose la unión entre Estado de Derecho y derechos fundamentales, organizándose con la finalidad de hacer del hombre un ser libre, y amparándose bajo los derechos fundamentales, que constituyen la articulación jurídica de la libertad y la igualdad. Es la libertad, junto con la igualdad, una de las dos referencias cruciales del constitucionalismo⁴⁸⁹, aparecen ambas como valores superiores del ordenamiento jurídico⁴⁹⁰, siendo criterio inspirador para el orden político y la paz social, así como derecho fundamental individual y civil.

Teniendo en cuenta los significados que poseen los valores superiores, y de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, ni el derecho a la libertad ni la seguridad deben ser confundidos con el principio general de libertad como valor superior, ya que éste supone hacer todo lo que la ley no prohíbe⁴⁹¹. No obstante, no hay ningún derecho que sea ilimitado y absoluto. En consecuencia, el

⁴⁸⁷ En este sentido, DE ESTEBAN, J., *El régimen constitucional español*, vol. I, Labor, Barcelona, 1984; VARELA, S., "La Constitución española en el marco del derecho constitucional comparado", *Lecturas sobre la Constitución española*, vol. I, UNED, Madrid, 1978, pp. 13 y ss.; PRIETO SANCHÍS, L., *Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1981.

⁴⁸⁸ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., "La nueva Constitución española desde la Filosofía del Derecho", *Documentación administrativa*, nº. 180, 1978, pp. 23 y ss.

⁴⁸⁹ BALAGUER CALLEJÓN, F., y otros, *Derechos Constitucional*, vol. 2, Tecnos, Madrid, 1999, p. 115.

⁴⁹⁰ Así lo indica la STC 147/2000, de 29 de mayo.

⁴⁹¹ STC 341/1993, de 18 de noviembre.

Tribunal Constitucional estima que hay que entenderla como principio de autodeterminación vital de la persona⁴⁹². Como se encarga de poner de manifiesto Liborio Hierro al proponer la libertad, la igualdad y la seguridad como “candidatos a una nómina completa de derechos humanos”, y entender que los derechos humanos se fundamentan en estos tres valores, en el sentido de que son mecanismos jurídicos que sirven a su realización y matizando que los tres valores incluyen al resto de los derechos⁴⁹³.

Para la mayor parte de la doctrina, entre ellos Peces-Barba, la libertad es la bóveda de la fundamentación de los derechos, llegándose a la conclusión de que la libertad es una condición imprescindible para la acción, que permite alcanzar a cada individuo los objetivos y fines morales que persiga y que son la expresión de la dignidad humana, de su consideración como fin en sí, como algo valioso⁴⁹⁴. Se mantiene, por Peces-Barba, que la libertad, como fundamento de los derechos humanos, es consecuencia de la existencia de mecanismos de organización en la vida social que permiten al hombre buscar y, en su caso, alcanzar la autonomía, independencia o libertad moral, conseguir la comunicación que desee a través del lenguaje, y reflexionar sin trabas en la construcción de conceptos generales⁴⁹⁵.

Ya señaló Bueno Arús⁴⁹⁶, en su momento, que la pena de prisión (o privación de libertad) es el resultado histórico de una serie de ideas y creencias: el instinto de venganza contra el ofensor, el sentido expiatorio del

⁴⁹² STC 132/1989, de 18 de Julio.

⁴⁹³ Compartiendo esta misma idea con GARCÍA MANRIQUE, R., “Entorno a la libertad, igualdad y la seguridad como derechos humanos básicos, acotaciones a Liborio Hierro”, disponible en www.cervantesvirtual.com, pp. 377 y ss.; FERNÁNDEZ GARCÍA, E., *Teoría de la justicia y derechos humanos*, cit., p. 120; ORZA LINARES, R.M., *Fundamentos de la democracia constitucional: los valores superiores del ordenamiento jurídico*, Comares, Granada, 2003.

⁴⁹⁴ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 215. Este autor manifiesta que la libertad no se puede entender sin la igualdad, y tampoco la igualdad sin la libertad, PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Los valores superiores*, cit., p. 149.

⁴⁹⁵ *Ibidem*, p. 216.

⁴⁹⁶ BUENO ARÚS, F., “Aspectos positivos y negativos de la legislación penitenciaria española”, *Cuadernos de Política criminal*, 1979, pp.3-4.

castigo, el sentido ético cristiano que fundamenta el castigo en la libertad del hombre, el humanismo de la Ilustración que se opone a las penas crueles, la concepción burguesa de la sociedad en la que la pena de prisión representa la disponibilidad de una mano de obra barata, el correccionalismo krausista que concibe la pena como un procedimiento pedagógico de integrar en la sociedad a quienes se hallen desviados de la misma, el método de dominación de la clase dominante siendo la pena de prisión un procedimiento más. Considerando que el tema de las prisiones ha cobrado un interés general por una serie de razones, como son la mayor sensibilización del país hacia el problema de los derechos humanos, el movimiento de lucha de los reclusos por la defensa de sus derechos ante la sensación de discriminación, la politización del tema por parte de sectores más radicalizados como son ETA o GRAPO, la conciencia general de desvalorización de las prisiones y de su pretendida eficacia positiva entre los filósofos y juristas europeos, y la creciente sensación de inseguridad que domina a la sociedad debido al incremento de la delincuencia.

El sistema penitenciario español se caracterizaba por ser un sistema progresivo, cuyos fundadores fueron Maconochie, Crofton y Montesinos. Este sistema tenía como base la duración de la pena privativa de libertad, dividiéndose en períodos con beneficios, así la reeducación se lleva a cabo en prisiones cerradas o de máxima seguridad con una disciplina severa; la readaptación social que se cumple en prisiones intermedias en la que se permitía las comunicaciones y una cierta movilidad dentro del Centro penitenciario; y la prelibertad, que se realiza en prisiones abiertas caracterizada porque el preso podía salir al exterior a trabajar y por la libertad condicional⁴⁹⁷.

Es la STEDH, de 28 de junio de 1984 (*Caso Campbell y Fell*), la que asienta la doctrina recogida con anterioridad admitiendo la existencia de un régimen disciplinario especial en materia carcelaria, y ello por consideraciones de seguridad, del interés del orden, de la necesidad de pronta reprensión de la mala conducta de los detenidos, y por la responsabilidad que las autoridades deben tener sobre la disciplina dentro de sus establecimientos. Dicha sentencia trata de establecer el límite entre lo penal y lo disciplinario dando importancia a

⁴⁹⁷ *Ibidem*, p. 12.

la naturaleza de la sanción⁴⁹⁸. La cárcel que tenemos en la actualidad se entiende como una “cárcel democrática”, como toda la sociedad, ya que la cárcel también ha de adaptarse al Estado social y democrático de Derecho⁴⁹⁹, en suma, se entiende que el delito es un hecho del hombre, un aspecto de la conducta humana, tal vez el más grave desde el punto de vista social⁵⁰⁰.

Como acertadamente afirma García Pelayo, los dos valores fundamentales del Estado de Derecho, que condicionan el “cómo” y el “quién” del ejercicio del poder, son la libertad y la igualdad⁵⁰¹, a estos dos habría que añadir, la seguridad y la solidaridad. La libertad debe ser entendida como forma de convivencia social diversificada en principios de organización y de interpretación o producción normativa y en derechos fundamentales, esta es la libertad social, política y jurídica de la que habla Peces- Barba para alcanzar la moralidad, pero sólo en ese sentido se puede hablar de “derechos morales”. Dicha libertad parte de la moral para el pleno desarrollo de la dignidad.

En un sentido que aquí no interesa, nos encontramos con la distinción que Peces- Barba hace distinguiendo entre libertad social, política y jurídica para diferenciarla de la libertad psicológica y libertad moral⁵⁰², siendo todas

⁴⁹⁸ STC 2/1987, de 21 de enero, Fj. 4.

⁴⁹⁹ Consecuencia de ello aparecen los ficheros especiales (FIES), las cárceles de máxima seguridad o las macro-cárceles. Es entonces cuando se construye el “ciudadano de segunda categoría”, llegando a ser la legislación penal “una cultura de emergencia”, frente a la misma se crea la “cultura de resistencia”, es decir, luchas y reivindicaciones por la reforma de las normas penitenciarias en cuanto a reconocimiento de derechos fundamentales, RIVERA BEIRAS, I., “Sociología de la cárcel”, en BERGALLI, R., *Control social punitivo. Sistema penal e instancias de aplicación (policía, jurisdicción y cárcel)*, con la colaboración de RECASÉNS I BRUNET, A., DOMÍNGUEZ FIGUEIRIDO, J.L. y RIVERA BEIRAS, I., Bosch, Barcelona, 1996, p. 110; del mismo, *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos: la cárcel, los movimientos sociales y una cultura de la resistencia*, Bosch, Barcelona, 1993.

⁵⁰⁰ NEUMAN, E., “Aspectos penológicos”, en NEUMAN, E. y IRURZUN, V.J., *La sociedad carcelaria. Aspectos penológicos y sociológicos*, Dalmata, Buenos Aires, 1977, p. 18.

⁵⁰¹ GARCÍA PELAYO, M., *Derecho Constitucional comparado*, Madrid, 1950, p. 142.

⁵⁰² PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de Derechos fundamentales*, cit., p. 217.

Ibidem, p. 218. Manifiesta que la libertad, sin su dimensión moral, carecería de legitimidad, sin su dimensión política no podría imponerse y arraigar en la vida social, y

imprescindibles para entender el fundamento de los derechos. Afirma que la libertad es el referente central para fundamentar los derechos, así como la igualdad, la seguridad y la solidaridad, tienen que identificarse y definirse en relación con la libertad⁵⁰³. Todas las libertades están unidas para el pleno desarrollo de la dignidad. Peces-Barba señala que el derecho a la libertad se trata de un ámbito de autonomía donde la persona se puede desarrollar sin interferencias del Estado y, en general, de los poderes públicos, de los grupos de presión o de los demás individuos y, por otra parte, un ámbito de participación en la vida política y social que supere el dualismo representante-representado y fortalezca la acción directa de los ciudadanos en los organismos públicos y sociales⁵⁰⁴. Así pues, son muy ilustrativas las palabras de Peces-Barba⁵⁰⁵ al sustentar que, si decimos que el hombre necesita de los derechos, expresión y desarrollo de la libertad que aquí estamos identificando y que es su

sin su dimensión jurídica carecería de validez y de eficacia para organizar la convivencia. Los derechos fundamentales son el producto de la libertad. *Ibidem*, p. 220.

⁵⁰³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Lecciones de Derechos fundamentales*, cit., p. 137. Indica que esa libertad, como forma de convivencia social, se diversifica en principios de organización y en derechos fundamentales; del mismo, *Los valores superiores, Temas clave de Constitución española*, cit., pp. 128 y ss., asevera que “la libertad social, es decir, la libertad del hombre en sociedad, se sitúa en el pensamiento moderno entre los dos conceptos de libertad que la encuadran: libertad psicológica y libertad moral. La primera es un mero dato previo de la persona. La segunda explica la meta de la vida humana, la realización de las virtualidades de la condición humana, como libertad de desarrollo de la vida humana”. Afirma que el valor libertad una de sus dimensiones es la organizativa y la otra es en función del estatus de la persona en la organización social, así habla de “libertad-autonomía” llevada a la práctica en función de la libertad de los demás, “libertad-participación” es la libertad subjetiva en función de la organización del Estado y, “libertad-prestación” en la que se vinculan los valores libertad-igualdad; lo resume todo manifestando que “estamos ante unos valores éticos, convertidos en valores políticos que el Estado democrático convierte en valores jurídicos, y desarrolla así como derechos fundamentales”.

⁵⁰⁴ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., “Reflexiones sobre la Constitución española desde la Filosofía del Derecho”, *RFDUC*, nº. 61, 1980, p. 125.

⁵⁰⁵ *Ibidem*, pp. 218-219. SARTORI, G., *Teoría de la democracia*, trad. de S. Sánchez González, Alianza Editorial, Madrid, 1987, hace una distinción entre libertad política y jurídica, libertad moral y de opción.

raíz y fundamento, no podemos hacer excepción con ningún ser humano y lógicamente tenemos que defender su generalidad y su universalidad, es decir, la igualdad de destinatarios de la libertad y de los derechos humanos.

Considera que la libertad es el referente central para fundamentar los derechos y, tanto la igualdad como la seguridad y la solidaridad, tienen que identificarse y definirse en relación con ella, señalando que esa libertad, como forma de convivencias sociales, se diversifica en principios de organización y de interpretación o producción normativa y en derechos fundamentales⁵⁰⁶, es el referente central de los derechos humanos y complementa otros valores como la igualdad, seguridad jurídica y solidaridad. Es un derecho universal por lo que son titulares todos los hombres⁵⁰⁷. Se trata de un valor supremo, cualidad o propiedad de la persona, bien y fin a perseguir⁵⁰⁸. Como se afirma, “estamos ante la clave de bóveda de la fundamentación de los derechos, indicando que la libertad como fundamento de los derechos fundamentales es consecuencia de la existencia de mecanismos de organización en la vida social, la libertad es el referente central para fundamentar los derechos y, tanto la igualdad, como la seguridad y la solidaridad, tienen que identificarse y definirse en relación con ella”⁵⁰⁹.

⁵⁰⁶ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos Fundamentales*, cit., p. 217.

⁵⁰⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Los valores superiores*, cit., pp. 128 y ss.; CONSTANT, B., *Escritos políticos*, CEC, Madrid, 1989, pp. 260 y ss., indica que la libertad es el derecho de cada uno.

⁵⁰⁸ BOBBIO, N., *Igualdad y libertad*, Paidós, Barcelona, 1993, trata la igualdad y la libertad como valores morales, políticos y jurídicos, valores de la vida social bajo el criterio de derechos fundamentales como límite del poder político y situando esos valores como criterios de legitimidad.

⁵⁰⁹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Lecciones de Derechos Fundamentales*, cit., pp. 135-137. De otro lado, hay autores que han distinguido entre libertad de hecho y libertad normativa, la primera se caracteriza negativamente como la cualidad del que no está sometido a sujeción física, subjetiva o mora; la segunda supone tener el derecho o el poder de realizar tal o cual acto, siendo la palabra “libre” sinónima de “lícito” o “permitido”; ROBERT, J., *Libertés publiques*, París, 1977, pp. 15-16.

1.4.2.2. *La libertad en las Instituciones Penitenciarias*

Tomando como referencia, como hemos venido haciendo en todos y cada uno de los derechos, el artículo 25.2 de la CE se sustenta que la pena privativa de libertad estará orientada a la reeducación y reinserción social. Pese a ello, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional señala que dicho precepto no contiene un derecho fundamental, sino un mandato del constituyente al legislador de orientar la política penal y penitenciaria⁵¹⁰. Son los artículos 22 al 25 del RP los que regulan la libertad tanto del detenido como del preso, siendo de interés en lo referente a la libertad de los presos, otorgándose la misma por medio de la aprobación de la libertad definitiva por el Tribunal sentenciador o del expediente de libertad condicional por el Juez de Vigilancia, o la libertad por aplicación de medidas de gracia, los penados extranjeros sometidos a medida de expulsión posterior al cumplimiento de la condena y, por último, la sustitución de penas impuestas a extranjeros por medidas de expulsión⁵¹¹.

Desde este punto de vista, Mapelli⁵¹² mantiene que “la privación de libertad sólo adquiere sentido como pena moderna cuando precisamente deja de ser una aflicción y se convierte en una privación -privación de un derecho de libertad personal [...]”, mas la realidad demuestra que la cárcel no es tan humanitaria⁵¹³.

Tomamos como base y principio, por tanto, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977 y las RPE de 1973, reformadas en 1987, ambas con la finalidad de

⁵¹⁰ AATC 15/1984, de 11 de enero; 486/1985, de 10 de julio; SSTC 2/1987, de 21 de enero; 19/1988, de 16 de febrero; 1112/1988, de 10 de octubre, entre otras.

⁵¹¹ Sobre la libertad de los extranjeros, GOIG MARTÍNEZ, J.M., *Derechos y libertades de los inmigrantes en España. Una visión constitucional, jurisprudencial y legislativa*, Universitas Internacional, Madrid, 2004.

⁵¹² MAPELLI CAFFARENA, B., “Cárcel y Derechos Humanos”, *Revista 7*, disponible en www.cienciaspenales.org, Barcelona, 21 de febrero de 1991.

⁵¹³ En este sentido, BANACLOCHE PALAO, J., *La libertad personal y sus limitaciones*, McGraw Hill, Madrid, 1996.

respetar los derechos humanos de los reclusos y reforzar el cumplimiento del principio de legalidad en la ejecución penitenciaria. Es decir, considerar al preso como sujeto perteneciente a la sociedad y no como sujeto excluido, titular de derechos reconocidos constitucionalmente y de derechos que nacen de la relación penitenciaria, como es el caso del tratamiento penitenciario. Los derechos de los presos vienen reconocidos en las principales Declaraciones internacionales de Derechos Humanos mediante un reconocimiento implícito de una serie de derechos, los cuales son también aplicables a las personas que están en situación de prisión, que son los que venimos analizando; el reconocimiento explícito de derechos adquiridos por la condición de preso diferenciándose de los derechos fundamentales, todo ello bajo el reconocimiento del genérico derecho a la igualdad.

A la pregunta que todos se hacen en cuanto a por qué los individuos tienen derechos y cuáles derechos tienen, es Kant el que da la respuesta diciendo que “la libertad en la medida en que puede existir conjuntamente con la libertad de cualquier otro de acuerdo con la ley universal es el derecho único, originario, que pertenece a toda persona en virtud de su humanidad”⁵¹⁴.

Esta situación en la que se encuentra la persona y respecto a la que no puede *escapar* está íntimamente relacionada o repercute directamente en calidad de vida humana y tienen una característica fundamental que hace que podamos hablar de necesidad: el perjuicio o grave detrimento va a mantenerse exactamente en las mismas condiciones, salvo que esa situación se vea satisfecha, cumplida o realizada y no hay ninguna posibilidad alternativa de salir de ella⁵¹⁵.

⁵¹⁴ Es decir, es propiedad de la persona como ser racional. KANT, *La metafísica de las costumbres*, cit., p. 237.

⁵¹⁵ AÑÓN ROIG, M. J., *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 252.

1.5. LA SANCIÓN PENAL PRIVATIVA DE LIBERTAD

1.5.1. Antecedentes generales de la pena privativa de libertad: la prisión.

Desde la antigüedad, se ha debatido sobre la libertad ya que se ha considerado que el hombre tiene capacidad de elegir, así Platón en *La República* habla de la libertad⁵¹⁶ y Aristóteles⁵¹⁷ tampoco se olvida de ella. Más adelante, Tomás de Aquino la trató como valor primordial⁵¹⁸, Descartes sostuvo la evidencia de la libertad⁵¹⁹, Locke⁵²⁰ y Rousseau⁵²¹ también la analizaron. Kant se mostró partidario de la libertad como el poder empezar por sí mismo una serie de modificaciones; en su obra *Crítica de la razón práctica* considera que la libertad es la clave de bóveda del entero edificio de un sistema de la razón pura, defiende que la libertad es el único derecho innato, originario, que corresponde a todo hombre en virtud de su humanidad⁵²², en sus palabras “no hay más que un derecho innato. Libertad, siempre que se concilie con la libertad de los demás según una ley general”, manifestando que es el único derecho originario, que corresponde a todo hombre por virtud de su propia humanidad⁵²³.

En los distintos sistemas penales, han existido tipos de penas privativas de libertad, si en España era la reclusión mayor y la reclusión menor, en otros países como Francia, Alemania, Inglaterra era la pena de reclusión perpetua, o en Italia,

⁵¹⁶ PLATÓN, *La República*, cit., Libro VIII, “El exceso de libertad engendra la tiranía”.

⁵¹⁷ ARISTÓTELES, *La gran moral*, Libro I, Cap. XI, “Teoría de la libertad en el hombre”, Patricio de Azcarate, t. II, Madrid, 1874, pp. 26-27.

⁵¹⁸ TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, Parte I, cuestión 83 sobre el libre albedrío.

⁵¹⁹ DESCARTES, R., *Cuarta Meditación Metafísica*, trad. Vidal Peña, Alfaguara, Madrid, 1977, pp. 463 y ss., parte de la hipótesis de que él mismo es libre.

⁵²⁰ LOCKE, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Cap. II, “Sobre el estado de naturaleza”, indica que se trata de un estado de perfecta libertad para que cada uno ordene sus acciones.

⁵²¹ ROUSSEAU, *El Contrato Social*, Libro I, Cap. I.

⁵²² KANT, *Crítica de la razón pura*, cit., pp. 12 y ss.

⁵²³ KANT, I., *Introducción a la Teoría del Derecho*, trad. de F. González Vicen, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1978, p. 98.

la pena *ergastolo*⁵²⁴. La privación de libertad en ningún momento puede comprometer el derecho a la vida, la integridad física y moral, y desde otra perspectiva, y como consecuencia de los anteriores, la posibilidad de ser sometido a tratos inhumanos y degradantes, como ya se ha indicado. Exige de la Administración penitenciaria algo más que una actitud de no injerencia⁵²⁵.

En Capítulos anteriores, una vez señalado el nacimiento de la prisión, quedó reflejado la evolución de la libertad siendo, en el siglo XVI cuando aparecen las penas privativas de libertad, prácticamente tal y como las entendemos hoy día⁵²⁶. Por su parte, A. Schopenhaver⁵²⁷ sostuvo que el concepto de libertad es negativo. Representa para nosotros la falta de todo impedimento y de todo obstáculo, y como todo obstáculo es una manifestación de fuerza, debe responder a una noción positiva. Habla de tres géneros de libertad: libertad física, que supone la ausencia de obstáculos materiales de cualquier naturaleza; la libertad intelectual, lo que Aristóteles entiende por lo voluntario y lo no voluntario y, la libertad moral, que constituye el libre albedrío.

En sentido más amplio y crítico, se encuentra Beccaria quien afirmaría que, “para cualquier criminal pasar la vida en la cárcel con privación de libertad era peor que una condena a muerte, mientras que la ejecución no sirve como disuasorio para el criminal, dado que las personas tienden a olvidar y borrar completamente los recuerdos de un acto traumático y lleno de sangre [...], así como también trata el tema de la situación en la que el hombre ha consentido

⁵²⁴ DE LEÓN VILLALVA, F.J., “La pena privativa de libertad en el Derecho comparado”, *Derecho y prisiones hoy*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2003 (también publicado en la *Revista General de Derecho Penal*, nº. 1, Iustel, 2004, p. 4). La pena *ergastolo* nace como pena de prisión perpetua en sustitución de la pena de muerte, y se incluye en los diferentes Códigos penales italianos desde el siglo XVIII, siendo criticada ya en aquella época por autores como Beccaria, que la consideró incluso más aflictiva que la pena de muerte. Aún hoy su aplicación implica, como consecuencia automática (art. 32 CP italiano), la inhabilitación legal en cuanto supone la pérdida del condenado de la capacidad de disponer de sus bienes y de la patria potestad.

⁵²⁵ MAPELLI CAFFARENA, B., “Contenido y límites de la privación de libertad”, *Poder Judicial*, nº. 52, 1998, p. 217.

⁵²⁶ GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual de Ciencia penitenciaria*, Edersa, Madrid, 1983, detalla la evolución histórica y legislativa de las penas privativas de libertad.

⁵²⁷ SCHOPENHAVER, A., *La nave de los locos*, Premiá, México, 1981, p. 7.

perder su libertad”⁵²⁸. Como se encarga de poner de manifiesto Mapelli dictamina que se puede hablar de la pena de prisión desde el siglo XVIII, ya que desde ese momento concurren en ella tres de sus características definitorias: se concibe en sí misma como una pena, su imposición corresponde a los Tribunales públicos sometidos al principio de legalidad y, por último, preocupa el modelo ejecutivo bien para humanizarlo, bien para alcanzar a través de él otros fines⁵²⁹. Para T. Sumalla, la prisión destaca como la columna vertebral del nuevo régimen punitivo⁵³⁰.

1.5.2. La libertad individual entendida como libertad mínima

Me remito a la definición dada por el Diccionario de la Real Academia que dictamina que *libertad* es la facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera u otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos, así como también la define como el estado del que no está preso⁵³¹.

Pese a que, si observamos nuestra Norma Suprema, podemos encontrar numerosos artículos referentes a la libertad, no sólo en su excepción a la privación de la misma, sino en cuanto al reconocimiento de ciertas libertades públicas, esto es, libertad de expresión, de pensamiento, de cultos, de asociación, de reunión, etc., me centraré exclusivamente en este apartado al derecho a la libertad en cuanto a derecho de los privados de libertad. Es por lo que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en su Sentencia 120/1990, de 27 de junio, declara que el derecho a la libertad personal no protege la libertad general de actuación o una libertad general de autodeterminación individual, sino al individuo frente a la detención, condena o internamiento arbitrarios. Atendiendo al artículo 1.1 de la CE, no solo se trata de un valor superior del ordenamiento jurídico, sino además, de un derecho fundamental basándonos en el artículo 17 de la CE, siendo

⁵²⁸ BECCARIA, C., *Tratado de los delitos y de las penas*, cit., p. 209.

⁵²⁹ MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Cívitas, Madrid, 1996, p. 75. Para este autor la pena privativa de libertad es la pérdida temporal de libertad de un penado, (p. 67).

⁵³⁰ TAMARIT SUMALLA, J.M., *Curso de Derecho Penitenciario. Adaptado al Nuevo Reglamento Penitenciario de 1996*, Cedecs, Barcelona, 1996, p. 28.

⁵³¹ Esta acepción es la tomada por la STC 15/1986, de 31 de enero.

presupuesto de otras libertades y otros derechos fundamentales. Se trata de un derecho que le corresponde tanto a los españoles como a los extranjeros por igual⁵³².

Analizo, pues, el derecho a la libertad, atendiendo a la metodología de Freixes Sanjuán al establecer como derecho base el derecho a la libertad personal, y el derecho-garantía. Esto es, que por expresa disposición constitucional acompañan necesariamente a la libertad personal garantizando su ejercicio confeccionado como un derecho autónomo, pero sin cuestionar el resto de derechos-garantías que regula el artículo 17 de la CE. Estos son: el derecho a ser informado de los motivos de la detención, derecho a no declarar, derecho a la asistencia letrada en las diligencias policiales y judiciales, y el control judicial de la detención a través del procedimiento de *habeas corpus*, evidentemente, desde el ámbito penitenciario. Por otro lado, el artículo 17 de la CE, también regula la detención preventiva y medidas restrictivas que en relación con la detención puedan tomarse, como la incomunicación o la ampliación del plazo de duración, los cuales deberán partir desde una perspectiva constitucional del derecho fundamental a la libertad que la detención preventiva viene a negar, y del derecho fundamental a la seguridad, esto es, como un supuesto excepcional al derecho fundamental a la libertad garantizado constitucionalmente pero el citado precepto no contiene una definición de lo que se debe de entender por libertad y seguridad⁵³³.

En la actualidad, la generalización y el proceso de internacionalización experimentado por los derechos civiles y políticos han permitido el establecimiento de un cierto consenso normativo acerca de las dimensiones de la

⁵³² Así lo determina la STC 115/1987, de 7 de julio.

⁵³³ FREIXES SANJUAN, T. y REMOTTI, J.C., *El Derecho a la Libertad personal. Análisis de Constitución, legislación, Tratados internacionales y jurisprudencia (Tribunal europeo y Tribunal Constitucional)*, PPU, Barcelona, 1993, p. 10. STC 7/2004, de 9 de febrero; SSTs de 3 de diciembre de 1990; de 15 de enero de 1991; de 2 de julio de 1993; de 26 de abril de 1994, en las que se observa algunos pronunciamientos jurisprudenciales significativos. VEGA ALONSO, J., *Consideraciones en torno a la ejecución de las penas de libertad*, Madrid, 2001, pp. 41 y ss.; MUÑAGORRI, I., "Privación de libertad y derechos fundamentales", *Privación de Libertad y Derechos Humanos. La tortura y otras formas de violencia institucional*, Icaria, Barcelona, 2008, p. 99.

libertad, que han quedado fijadas en diversos textos internacionales y constitucionales en forma de principios generales y, sobre todo, de derechos fundamentales de carácter subjetivo, lo cual puede servir en último término como referente más o menos consensuado acerca de los tipos o las dimensiones de la libertad⁵³⁴. Por lo tanto, a nadie se le escapa que los derechos fundamentales cuentan con limitaciones.

La primera proyección de que una persona se encuentre en un Centro penitenciario recae, en este sentido, como indica Aba Catoira, sobre uno de los derechos más esenciales de las personas, como es la libertad individual, entendida como libertad mínima e indispensable que permite la autodeterminación y realización personal dentro de la sociedad⁵³⁵. No obstante, la privación de libertad no es considerada como un supuesto de tortura o pena inhumana o degradante según la STC 64/1983, de 21 de julio. Lo que viene a afirmar que, como consecuencia, la privación de libertad lleva unida la privación de otros derechos y libertades pero, no se trata de una privación absoluta, sino de una limitación en orden a la necesidad constitucional de armonizar los derechos de libertad y seguridad. Encontrándose vulnerado el artículo 19 de la CE en cuanto establece “Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional”. Por tanto, lo preceptuado en el artículo 17 de la CE aparece estrechamente ligado al principio de legalidad penal que se expresa en el artículo 25 y que, en el caso de penas privativas de libertad, precisará de ley orgánica (art. 81 de la CE). En este sentido, se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁵³⁶.

Reiterando lo anteriormente manifestado, la Exposición de Motivos de la LOGP establece que la prisión es un mal necesario, y siguiendo a Gudín

⁵³⁴ SANTAMARÍA IBEAS, J.J., *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Libertad, justicia, igualdad y pluralismo político*, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 211-212. Es interesante el trabajo de RUÍZ MIGUEL, A., “Sobre los conceptos de la libertad”, *Anuario de Derechos Humanos*, nº. 2, Madrid, 1983, pp. 513-550, en el que hace distinción entre libertad positiva y negativa, libertad formal y real, libertad material y moral, libertad jurídica, social, práctica.

⁵³⁵ ABA CATOIRA, A., *La limitación de los derechos fundamentales por razón de sujeto. Temas clave de la Constitución española*, Tecnos, Madrid, 2001, pp.239-240.

⁵³⁶ SSTC 160/1986, de 16 de diciembre o 118/1992, de 16 de septiembre, entre otras.

Rodríguez-Magariños, el hecho de que sea un mal nos obliga a adoptar una postura dinámica y reformista renuente a resignarse con el *statu quo* existente⁵³⁷. En el mismo sentido ya se manifestaba Bentham⁵³⁸ al afirmar que “es un mal, siendo preciso que exista el mal para que se aplique el remedio: el remedio consiste en la aplicación de la pena, y cada pena que se impone es una prueba más de su poca eficacia”, lo cual produce siempre cierto grado de alarma y de peligro; afirmaría que “la pena misma es un mal, aunque necesaria para prevenir un mal mayor: el procedimiento criminal en todo el curso de su operación [...]”.

Por otro lado, el artículo 9.2 de la CE, denominado por Lucas Verdú “clausula de transformación social”, nos obliga a un perpetuo proceso en el que hay que luchar para conseguir la inalcanzable plenitud de los derechos fundamentales en todos los órdenes de la vida⁵³⁹.

La libertad está reconocida a toda persona, sin distinción de si han de ser nacional o extranjero. Y, siguiendo a Peces-Barba⁵⁴⁰ si decidimos que el ser humano necesita de los derechos, expresión y desarrollo de la libertad, no podemos hacer excepción con ningún individuo, lo que supone que tenemos que defender su generalidad y su universalidad, es decir, la igualdad de destinatarios de la libertad y de los derechos fundamentales.

A la luz de lo examinado hasta ahora el ingreso de un individuo en una Institución penitenciaria se traduce en la deposición forzada de su propia

⁵³⁷ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones? Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado*, Slovento, Madrid, 2005, p. 9, siendo esta postura más clara atendiendo al art. 10.1 de la CE cuando indica que hay que respetar la dignidad del individuo, en palabras de Gudín, nos exige involucrarnos en un proceso continuo de humanización del mundo penitenciario.

⁵³⁸ NÚÑEZ, T., *Ciencia social según los principios de Bentham*, cit., p. 219.

⁵³⁹ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Sistema penitenciario y revolución telemática*, cit., p. 10, partiendo de nuestra constitución la cárcel es enfocada desde un punto de vista positivo por cuanto implanta la reinserción como único valor, recogido como fin de la pena, si la libertad se constituye (con el derecho a la vida) como la clave de la bóveda sobre la que se estructura nuestro orden social, parece necesario restringir al máximo los supuestos de limitación de la misma (p. 21).

⁵⁴⁰ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Lecciones de Derechos Fundamentales*, cit., p. 138.

determinación; en adelante, serán otras personas las que dispondrán de cada minuto de su vida. Los internos de tal tipo de establecimientos comienzan por sufrir un aislamiento psíquico y social de las personas de su relación; luego pierden la posibilidad de ejercer cualquier rol social. Finalmente, todas las alternativas de satisfacer sus necesidades sociales y materiales, como la movilidad psíquica y social, son reglamentadas y minimizadas⁵⁴¹.

La ejecución de las penas de privación de libertad debe ser de signo liberal, lo no prohibido expresamente por la Ley ha de estar permitido⁵⁴². Por tanto, son acertadas las palabras de Bueno Arús al indicar que el sujeto pasivo del ordenamiento punitivo no pierde su condición de miembro de la comunidad cuando la amenaza potencial del legislador se concreta para él en la aplicación efectiva de la pena. No pierde, en consecuencia, la titularidad de los derechos que las Constituciones o Leyes fundamentales reconocen y proclaman, salvo en cuanto sea precisamente el objeto intrínseco de la pena impuesta⁵⁴³. Como demostró Foucault⁵⁴⁴ en el interior de la cárcel interesa fundamentalmente la disciplina del individuo, la sumisión del cuerpo y del alma de los internos. Tal como Bustos Ramírez señala, “el punto de partida mínimo es, justamente, impedir que se convierta en la total negación de la libertad y la dignidad de la persona humana. Y si hay una utilidad individual y social que buscar, ella es garantizar que la pena no destruya al individuo y con ello al tejido social”⁵⁴⁵.

⁵⁴¹ BERGALLI, R., *La Recaída en el Delito. Modos de reaccionar contra ella*, Sertesa, Barcelona, 1980, p. 276, citado por RIVERA BEIRAS, I., *Cárcel y derechos humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los Derechos Fundamentales de los reclusos*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 27.

⁵⁴² BUENO ARÚS, F., *Estudios penales y penitenciarios*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1981, p. 126.

⁵⁴³ *Ibidem*, p. 126.

⁵⁴⁴ FOUCAULT, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Siglo XXI, Madrid, 1986.

⁵⁴⁵ BUSTOS RAMÍREZ, J., “Introducción”, *Poder y Control*, nº. 0, PPU, Barcelona, 1986, p. 23; del mismo, “Pena Privativa de Libertad y Política Criminal: los establecimientos de máxima seguridad”, *Privaciones de Libertad y Derechos Humanos*, Hacer, Barcelona, 1987.

1.5.3. Privación de libertad como pena y no como medida de seguridad

Entendiendo por pena una especie del género sanción jurídica, es la más grave de las sanciones del Ordenamiento Jurídico. La pena encuentra su justificación en el delito cometido y en la necesidad de evitar la comisión de nuevos delitos en el futuro. La pena ha de ser justa, adecuada a la gravedad del delito, pero además ha de ser necesaria para el mantenimiento del orden social, pues se trata de la justificación de la pena estatal⁵⁴⁶. Desde estas coordenadas, es plausible afirmar que, lo que la caracteriza es la proporcionalidad y protección de los bienes jurídicos. Siguiendo a Molina Blázquez, “la protección se consigue utilizando penas que sean proporcionales al mal causado (penas retributivas). Penas que intimiden al ciudadano motivándole a actuar de acuerdo con el ordenamiento jurídico (penas preventivas generales), o penas que logren la rehabilitación del delincuente (penas preventivas especiales) [...]. Dotar a la pena de un fin exclusivo de prevención general choca con la dignidad de la persona, [...], por ello la función de la pena se consigue atendiendo a los tres fines”⁵⁴⁷.

Para mayor abundamiento, Roca Agapito⁵⁴⁸ habla de medidas privativas de libertad y de penas privativas de libertad, manifestando que las medidas privativas de libertad, igual que las penas privativas de libertad, suponen el sometimiento del sujeto a un régimen determinado de vida y a una disciplina, lo que hace que las diferencias formales con la ejecución de aquéllas sean mínimas. Pero la disciplina no debe tener un sentido exclusivamente negativo, represivo: el mantenimiento del orden por procedimientos coactivos. Por el

⁵⁴⁶ CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 26.

⁵⁴⁷ MOLINA BLÁZQUEZ, M^a C., *La aplicación de la pena*, Bosch, Barcelona, 1996, p. 16.

⁵⁴⁸ ROCA AGAPITO, L., *El sistema de sanciones*, cit., p. 519. Ver la Sección Segunda del Cap. I del Título III del Libro I del Código Penal, titulado “De las Penas privativas de Libertad”) y, por su parte, RACIONERO CARMONA, F., *Derecho Penitenciario y privación de libertad. Una perspectiva judicial*, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 99 y ss., lo considera como medida de seguridad.

contrario, ha de tener un sentido ejemplar creando, con los premios y castigos, una actitud de respeto hacia los valores esenciales para la convivencia social⁵⁴⁹.

La jurisprudencia constitucional entiende que parece que la libertad es un derecho contradictorio con los privados de libertad, no siendo así, ya que, se le ha privado de libertad con la observancia de lo establecido en el artículo 17 de la CE y en los casos y en las formas previstas en la Ley⁵⁵⁰. Así pues, la jurisprudencia declara que estamos ante un derecho de configuración constitucional y no legal, ya que puede ser tan ilegítima la prisión decretada cuando se actúa bajo la cobertura improcedente de una ley, como contra lo que ésta dispone⁵⁵¹. Es decir, el derecho de toda persona a la libertad lo que comporta es que no sea detenida arbitraria ni ilegítimamente, no se trata de un derecho absoluto como otros derechos fundamentales, por ejemplo, del derecho a la vida. Dicho derecho se refiere tanto a las detenciones penales, como a los arrestos domiciliarios, el internamiento en Centros psiquiátricos o de extranjeros, etc. El derecho se refiere a los supuestos de privación antes de la condena y los derivados de ésta, exigiéndose, por tanto, la misma garantía que cualquier medida privativa de libertad⁵⁵².

Atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al manifestar, en la Sentencia 98/1986, de 10 de julio, que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura decisión fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad; debemos advertir que, pese a esas decisiones fácticas, son escasas las teorías doctrinales que se han dedicado a esta materia. La atención doctrinal a la protección constitucional de la libertad personal es ciertamente escasa⁵⁵³.

⁵⁴⁹ BUENO ARÚS, F., "Aspectos positivos y negativos de la legislación penitenciaria española", cit., p. 9.

⁵⁵⁰ SSTC 140/1986, de 11 de noviembre, Fj. 5; 160/1986, de 16 de diciembre, Fj. 4; 128/1990, Fj.11 y, 147/2000, de 29 de mayo.

⁵⁵¹ STC 82/2003, de 5 de mayo, Fj. 3.

⁵⁵² Así lo establece la STC 61/1995, de 29 de marzo.

⁵⁵³ GARCÍA MORILLO, J., *El derecho a la libertad personal (detención, privación y restricción de libertad)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 19.

La sanción penal de privación de libertad, constituye un medio para la obtención del fin, que no es otro que prevenir más delitos⁵⁵⁴, pese a ello, no olvidemos que se trata de una medida preventiva como principio de protección a las víctimas⁵⁵⁵. En éste sentido, en muchos de los casos se comienza con el aislamiento social y la reclusión del delincuente al fracaso de la sociedad en la resocialización de sus desviados⁵⁵⁶.

A la luz de lo examinado hasta ahora es el artículo 25 de la CE el que consagra el principio de legalidad penal *nullum crimen, nulla poena, sine previa lege penale*⁵⁵⁷. La privación de libertad supone separar al delincuente del mundo exterior, privarle de su derecho de libertad, actuando el sistema penitenciario sobre él, pasando de ser ciudadano libre a ciudadano recluso con otras normas, otros principios, valores, otras actividades, en definitiva, otro régimen de vida no siendo titular de la misma. Es por lo que, ante la pregunta de cuál es el fin de la medida de privación de libertad, responderemos que consiste en proteger a la sociedad contra el crimen y contra esa persona en concreto, con el fin de resocialización. Es decir, que se trabaja durante ese periodo de privación de libertad a través de los tratamientos específicos otorgados en los Centros

⁵⁵⁴ En este sentido, MORILLAS CUEVA, L., *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 15 y ss.; del mismo, "Valoración Político-criminal sobre el sistema de penas en el Código Penal español", *Cuadernos de Derecho Judicial*, t. XVII, 2003, pp. 44 y ss.; JORGE BARREIRO, A., "Directrices político-criminales y aspectos básicos del sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995", *Actualidad Penal*, nº. 23, 2000, pp. 487 y ss.

⁵⁵⁵ En sentido similar ya se pronunció Santo Tomás aseverando que la pena tiene una función preventiva y pedagógica, DE AQUINO, T., *Suma Teológica*, cit., Ia, IIae, XXI, artículo 3; BOULAN, F., "Les droits de la victime: un choix de politique criminelle", en BOULAN, F., (et al.), *Problèmes actuels de science criminelle*, Presses Universitaires d'Aix Marseill, Aix en Provence, 1985.

⁵⁵⁶ Ver SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., "El juez en la ejecución de las penas privativas de libertad", *Revista electrónica de Ciencia penal y criminología*, nº. 07-11, 2005, pp. 11-20; DIEZ RIPOLLÉS, J.L., "El nuevo modelo de la seguridad ciudadana", *Revista Jueces para la Democracia*, nº. 49, 2004, p. 32; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J., "Mundialización y Justicia Penal", *Anales Internacionales de Criminología*, vol. 41, 2003, pp. 75 y 76.

⁵⁵⁷ No obstante, a lo largo de las Constituciones españolas ha sido reflejado hasta la de 1845 respecto a los españoles únicamente, y a partir de la Constitución de 1869 se amplió a los extranjeros.

penitenciarios. El régimen del Establecimiento debe tratar de reducir las diferencias que puedan existir entre la vida en prisión y la vida libre, en cuanto éstas contribuyan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a la dignidad de su persona.

Igualmente resulta conveniente que, antes de la ejecución de una pena o medida, se adopten los medios necesarios para asegurar al recluso un retorno progresivo a la vida en sociedad. Este propósito puede alcanzarse, según los casos, con un régimen preparatorio para la liberación, organizándolo dentro del mismo Establecimiento o en otra Institución apropiada, o mediante una liberación condicional bajo una vigilancia que no deberá ser confiada a la policía, sino que comprenderá una asistencia social eficaz⁵⁵⁸. No se trata de establecer las distintas teorías sobre si es conveniente o no y las consecuencias en cuanto al tiempo de la privación de libertad. Es decir, en cuanto a la prisionización de las penas privativas de libertad de larga duración frente a la ineficacia de las penas privativas de libertad de muy corta duración⁵⁵⁹.

1.6. LA PRISIÓN COMO RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD

1.6.1. Fin común y principal de toda persona y, en especial, de los presos: la libertad

Partiendo de que una restricción a la libertad es la prisión, Hulsman⁵⁶⁰ indica que “[...] no es poca cosa privar a alguien de su libertad. El encarcelamiento es esto desde luego, pero es también un “castigo corporal”. Se dice que los castigos corporales han sido abolidos, pero no es verdad. He ahí la prisión que degrada la incolumidad corporal: la privación de aire, de sol, de luz, de espacio, el confinamiento en cuatro muros estrechos, el paseo entre rejas,

⁵⁵⁸ DE LEÓN VILLALVA, F.J., *La pena privativa de libertad en el Derecho comparado*, cit., p. 9.

⁵⁵⁹ ROCA AGAPITO, L., *El sistema de sanciones en el derecho penal español*, cit., pp. 133 y ss., trata el tema.

⁵⁶⁰ HULSMAN, L., *Sistema penal y seguridad ciudadana. Hacia una alternativa*, Ariel, Barcelona, 1984, citado por MARZAL, A., *Derechos humanos del incapaz, del extranjero y del delincuente y complejidad del sujeto*, Bosch, Madrid, 1997, p. 224.

la promiscuidad con compañeros no deseados, en condiciones sanitarias humillantes, el olor, el calor de la prisión, las comidas siempre fías en las que predominan las féculas hervidas (no es por casualidad que las caries dentales y las molestias digestivas se suceden entre todos los detenidos). Tales sufrimientos físicos implican una lesión corporal que deteriora lentamente". Podemos afirmar, pues, que, en cuanto a la finalidad de la pena privativa de libertad, nos encontramos con diversas posturas doctrinales, como ya hemos analizado. Así para las teorías absolutas o clásicas, la reacción retributiva es la finalidad esencial que se le puede asignar a la pena privativa de libertad, es decir, el castigo por el delito cometido; las teorías retribucionistas parten de la idea de compensación de la culpa mediante la pena⁵⁶¹; las teorías relativas consideran que la pena no es el castigo por el delito sino el instrumento para prevenir futuros comportamientos delictivos, bien como prevención general o especial. Esto es, amenaza para que se abstengan de cualquier comportamiento delictivo, surgiendo aquí el planteamiento de la resocialización.

Las teorías mixtas o de unión (también llamadas eclécticas) analizan la función de la pena privativa de libertad a través de unas fases o etapas como son la de conminación, imposición y ejecución⁵⁶². Proponen que se aplique la medida de seguridad en primer lugar y que el tiempo de ejecución de la misma se tome en consideración para la duración de la pena, de ser necesaria la aplicación de ésta, puesto que si la autoridad cree que, una vez cumplida la medida de seguridad, ya no es necesaria la pena podrá determinar que se suspenda la ejecución de la misma, habiendo así sustituido la medida de seguridad a la pena⁵⁶³.

⁵⁶¹ ROXIN, C., *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal*, Ariel Derecho, Barcelona, 1989, p. 24.

⁵⁶² Ver SCHMIDHAUSER, E., *Von Sinn der Strafe*, Gottingen, 1971, y ROXIN, C., "Sentido y límites de la pena estatal", *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. de Luzón Peña, Cívitas, Madrid, 1997; del mismo, "Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht", *Fest. Bockelmann*, 1978, trad. "Culpabilidad, prevención y responsabilidad en Derecho Penal", *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*, Madrid, 1981.

⁵⁶³ FALCÓN Y TELLA, M.A. y FALCÓN Y TELLA, F., *Fundamento y finalidad de la sanción*, cit., p. 95. Se funda en las ideas de Positivismo de Ferri. Ver al respecto, MAPELLI CAFFARENA, B. y TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Cívitas, Madrid, 1990.

Hay parte de la doctrina que sustenta que la prevención especial sólo se refiere a la pena de privación de libertad. La misma solución ofrecen aquellos que piensan que resocialización y prevención especial son una misma cosa, al respecto, Mir Puig⁵⁶⁴ afirma que, las penas no privativas de libertad no tienen prevista, en nuestro Derecho, una forma de ejecución inspirada de forma particular en la prevención especial: ninguna de ellas se ajusta a un programa resocializador. Mapelli⁵⁶⁵ comenta en relación al tema que cuando por su propia naturaleza una pena no pueda ejecutar un programa resocializador, ésta no orienta su ejecución hacia la prevención especial. Sin embargo, esta solución no corresponde a la idea originaria de prevención especial que abarca tres elementos de los cuales al menos uno -la intimidación- es imaginable en cualquier modalidad de pena. Desde esta óptica la prevención especial afecta a cualquier pena, lo jurídico que puede suceder es que frente a algunas de ellas la prevención especial no se muestre más que en su aspecto intimidatorio. Afinando un poco más la cuestión, el internamiento penal impide al condenado la libertad de movimientos que resulta normal en la forma de vivir propia de nuestra sociedad y nuestra época, al penado se le señala coactivamente el edificio en que ha de alojarse y el plan de actividades a que ha de someterse. Plan de actividades concebido en la medida estrictamente necesaria y suficiente para el cumplimiento de la finalidad propuesta por la pena misma. Por ello, el negarles derechos a los presos no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico, salvo que la negación venga impuesta por la sentencia misma⁵⁶⁶.

En suma, a efectos de nuestro estudio, interesa concretar que el fin primordial de todos los presos, por tanto, es la libertad, ningún preso quiere estar en la cárcel. Sí es cierto que la privación de libertad lleva como consecuencia la privación de otros derechos como el de circulación, es impensable que el preso privado de libertad pueda moverse libremente ni dentro de la prisión ni fuera de ella, por razones de seguridad, o el derecho de residencia, salvo que se esté en tercer grado en el que durante el día puede residir donde se quiera, con limitaciones, por mandato judicial el preso tiene que

⁵⁶⁴ MIR PUIG, S., *Introducción*, cit., p. 103.

⁵⁶⁵ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., pp. 142-143.

⁵⁶⁶ BUENO ARÚS, F., *Estudios penales*, cit., p. 126.

cumplir condena en un Centro penitenciario lo que supone un traslado del lugar de residencia, habitación nueva, amigos nuevos.

Por todo ello, el derecho a la libertad personal supone una protección frente a la privación de libertad, supone una privación de un derecho fundamental, el cual varía atendiendo al titular. Es uno de los derechos que, pese a que es genérico para toda persona, es sometido a la condición de recluso, siendo un tanto ardua la delimitación de su contenido⁵⁶⁷.

Ahora bien, de lo dicho se deduce que no es lo mismo *privación* de libertad que *restricción* de libertad, así un recluso a pesar de estar privado de libertad también tiene restringidas ciertas libertades reconocidas constitucionalmente. La restricción de libertad es un concepto genérico, del que una de sus modalidades es la prisión en razón de un hecho punible⁵⁶⁸. Se puede entender, por tanto, que la libertad tiene como finalidad la protección al individuo, protege la posibilidad que tiene el ser humano en la ordenación de su vida, tanto individual como social, siendo presupuesto para el goce del resto de las libertades como la intimidad personal y familiar, entre otras.

Siguiendo al Tribunal Constitucional, se ha indicado que la privación de libertad ha de regirse por el principio de excepcionalidad, el hecho de que por ley se haya que determinar los casos de privación de libertad, ello en modo alguno supone que quede el legislador apoderado para establecer, libre de todo vínculo, cualesquiera supuestos de detención, arresto, etc. No se pueden configurar supuestos de privación de libertad que no correspondan a la finalidad de protección de derecho, tampoco pueden incurrir en falta de proporcionalidad, estimándose que tan ilegítima es la prisión decretada cuando se actúa bajo la cobertura improcedente de la Ley como contra lo que la ley dispone. La privación debe ser objeto de control de constitucionalidad para asegurar dichas garantías⁵⁶⁹.

⁵⁶⁷ Para un profundo estudio, FREIXES SANJUÁN, T., *El derecho a la libertad personal: análisis de Constitución, legislación, tratados internacionales y jurisprudencia (Tribunal Europeo y Tribunal Constitucional)*, PPU, Barcelona, 1993; GARCÍA MORILLO, J., *El derecho a la libertad personal: (detención, privación y restricción de libertad)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

⁵⁶⁸ GARCÍA MORILLO, J., *El derecho a la libertad personal*, cit., p. 96 cita la STC 341/1993, de 18 de noviembre.

⁵⁶⁹ SSTC 41/1982, de 2 de julio; 127/1984, de 26 de diciembre; 118/1987, de 8 de

1.6.2. Acceso de los presos a la libertad

Brevemente, recordar que, según las normas penitenciarias, existen tres tipos de libertad a las que los reclusos pueden acceder y tienen derecho a las mismas: libertad provisional, libertad condicional y libertad definitiva. En lo que se refiere a la *libertad provisional*, se supone la suspensión de la relación penitenciaria para un preventivo contra el que se sustancia por la Administración de Justicia un procedimiento judicial en el que previamente, como medida cautelar de aseguramiento de la resolución judicial futura, se ha decretado la prisión provisional⁵⁷⁰. Su condición consiste en que el sujeto en cuestión será obligado a comparecer en los días que le fuesen señalados o cuantas veces fuese llamado ante el Juez o Tribunal que conoce de su causa. La situación de libertad provisional es decretada por resolución judicial del Juez o Tribunal que conoce del procedimiento judicial en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En cuanto a la *libertad condicional*⁵⁷¹, el artículo 90 del CP dispone que se establece la libertad condicional en las penas privativas de libertad para aquellos sentenciados en quienes concurren las siguientes circunstancias: a) que se encuentre en 3.º grado de tratamiento penitenciario; b) que se hayan extinguido las 3/4 partes de la condena; c) que se haya observado buena conducta y exista respecto de los mismos un pronóstico individualizado y flexible de reinserción social emitido por los expertos que el Juez de Vigilancia Penitenciaria estime convenientes.

El propio Código Penal contempla tres supuestos especiales en los que cabe la concesión de la libertad condicional antes del transcurso de las 3/4 partes de la condena: clasificación en 3º grado, obtener buena conducta y pronóstico

julio; 341/1993, de 18 de noviembre; 13/1994, de 17 de enero, entre otras tantas.

⁵⁷⁰ Ver el estudio, entre otros, de RODRÍGUEZ RAMOS, L., "El derecho a la libertad: régimen de la prisión provisional", *Poder Judicial*, nº. especial 1, 1986, pp. 63-66; SANGUINÉ, O., *Prisión provisional y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

⁵⁷¹ Ver los estudios de MORENO ARRARÁS, P., *Libertad condicional*, Curso Formación Colegio Abogados Guipúzcoa, 2004; VEGA ALOCÉN, M., "Supuestos excepcionales de la Libertad condicional. Septuagenarios y enfermos incurables. Una solución legal equivocada", *Cuadernos de Derecho Penitenciario*, nº. 6, 1999.

favorable de reinserción social, esto es, concesión de libertad condicional a los sentenciados a penas privativas de libertad que hayan extinguido las 2/3 partes de su condena siempre que merezcan dicho beneficio por haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales; concesión de libertad condicional a sentenciados que hubiesen cumplido la edad de 70 años o la cumplan durante la extinción de la condena, y reúnan los requisitos establecidos salvo la extinción de 3/4 partes de la condena, o en su caso, las 2/3 partes de la misma. No obstante, el Código Penal también regula no sólo cuando cesa la privación de libertad sino también los casos en los que se puede suspender⁵⁷². Los presos, que atendiendo a informe médico sean enfermos muy graves, con padecimientos incurables, y reúnan los requisitos establecidos salvo la extinción de las 2/3 partes de su condena, o en su caso las 2/3 partes de la misma y, por último, la libertad definitiva, supone la extinción de la relación penitenciaria del preso con la Administración al concluir la ejecución de las penas privativas de libertad y medidas de seguridad. El Director del Establecimiento penitenciario formulará al tribunal sentenciador propuesta de libertad definitiva para el día en que el penado deje previsiblemente extinguida su condena, reinsertándose 15 días antes de no existir respuesta del tribunal sentenciador. Lo que significa que, de no existir orden expresa en contrario, se procederá a liberar al recluso en la fecha propuesta.

Finalmente, está la sustitución de la pena privativa de libertad, medida buscada por la mayoría de los presos, y por gran parte de la sociedad, ya que se puede considerar que determinados delitos no son constitutivos de privación de libertad, sino de otras sanciones que no tienen por qué suponer una reinserción en la sociedad, siendo los artículos 88 y 89 del CP los que regulen

⁵⁷² Arts. 80 y ss. del CP, así como los estudios de MARÍN DE ESPINOSA CEVALLOS, E., "Las novedades de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad en el Código Penal de 1995", *Actualidad Penal*, nº. 35, 2000, pp. 762 y ss.; POZA CISNEROS, M., "Suspensión, sustitución y libertad condicional: estudio teórico-práctico de los artículos 80 a 94 del Código Penal", *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal, Manuales de Formación Continuada*, nº. 4, 1999, pp. 256 y ss.; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., "Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad en el Código Penal español de 1995", *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, 2002.

tal situación, y en los artículos 105 y ss. del mismo texto legal se regulan medidas no privativas de libertad. Lo que me lleva a afirmar que antes de llevar a una persona a la privación de libertad se ha procedido al estudio de si cabe alguna medida de las mencionadas y si los postulados básicos del Estado de Derecho son o no eficaces en función de la realidad social sobre la que se aplica. Para el caso de los extranjeros, el sustitutivo de la pena sería la expulsión del país⁵⁷³. Sobre los sustitutivos de la pena de prisión ya se pronunciaba Beccaria al sostener que “no por ser más crueles son más eficaces las penas; hay que moderarlas; importa más y es más útil una pena moderada y de segura aplicación que otra cruel, pero incierta. Hay que imponer la pena más suave entre las eficaces; sólo ésta es una pena justa, además de útil. Hay, pues, que combinar la utilidad y la justicia”⁵⁷⁴.

Históricamente, T. Moro refiere como precedente de los sustitutivos de la prisión, ya que criticaba la severidad del sistema penal de su época (1478-1535), la dureza y desproporción de los castigos. La filosofía de T. Moro se basaba en la corrección considerando que la pena desproporcionada conllevaba un factor criminógeno⁵⁷⁵. Posteriormente, se defendió la idea de que “asistimos a un progresivo empobrecimiento de la eficacia de la sanción como momento de

⁵⁷³ Para saber más, ASÚA BATARRITA, A., “La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del derecho penal a las políticas de control de la inmigración”, en COPELLO, L., (coord.), *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; GALÁN, H., “El extranjero en el sistema penitenciario español”. *El Extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal (adaptado a la nueva LO 4/2000)*, *Manuales de Formación Continuada*, nº. 5, Madrid, 1999; MAPELLI CAFFARENA, B., “Perspectivas actuales de la pena privativa de libertad con especial referencia a la población reclusa extranjera”, *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, t. III, 2001; TERRADILLOS BASOCO, J., “Marginalidad social, inmigración, criminalización”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C. y DÍAZ SANTOS, R.D., *El derecho penal ante la globalización*, Colex, Madrid, 2002, entre otros tantos.

⁵⁷⁴ BECCARIA, C., *De los delitos y las penas*, cit., p. 33; LANDROVE DÍAZ, G., “Prisión y sustitutivos penales”, en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F., (coords.) *El Nuevo Derecho Penal español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi Editorial, Navarra, 2001, pp. 425 y ss.

⁵⁷⁵ LÓPEZ CABRERO, G., “Penas cortas de prisión. Medidas sustitutivas”, *Poder Judicial*, nº. 40, 1995.

restauración del orden violado y a una correspondiente recuperación de la finalidad de prevención y de intimidación”⁵⁷⁶. Sobre este tema, Garrido Guzmán⁵⁷⁷ sostiene que habría que sustituir las penas privativas de libertad por medidas más acordes, sobre todo para la pequeña y mediana criminalidad.

En sentido más crítico, Bacigalupo⁵⁷⁸ asevera que el sistema de la pena privativa de libertad en nuestra legislación imperial es la gran mentira oficial. Y me parecen muy ilustrativas las palabras de Cid Moliné⁵⁷⁹ cuando reseña que cualquier sistema alternativo de penas requiere la colaboración del interno, ya sea activa o, cuando menos, pasiva. Esto es así, pues al ser un sistema más humanizado se busca no doblegar la voluntad del condenado, construyendo programas positivos de reinserción. Y, por último, como refiere Jescheck⁵⁸⁰ ante la situación de crisis de la pena privativa de libertad, las propuestas de reforma se sitúan en cuatro planos: la descriminalización, el régimen de prueba, las penas pecuniarias y las nuevas formas de sanción, mas no podemos olvidar que, hasta ahora, las alternativas a la prisión se configuran como alternativas a la puesta en libertad y no a la cárcel⁵⁸¹.

⁵⁷⁶ NOBILI, M., “La disciplina costituzionale del processo (I)”, *Appunti di procedura penale*, Ciclostilada, Bolonia-Perugia, 1976, p. 249, citado por GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Cárcel electrónica*.

⁵⁷⁷ GARRIDO GUZMÁN, L., *Estudios penales y penitenciarios*, Edersa, Madrid, 1988, p. 85.

⁵⁷⁸ BACIGALUPO ZAPATER, E., “Alternativas a la pena privativa de libertad en Derecho Penal Europeo actual”, *Poder Judicial*, nº. 43-44, Madrid, 1996, p. 119; frente a esta teoría está la de aquellos que defiende la preeminencia de la pena privativa de libertad entre las sanciones penales, es de BARQUÍN SÁNZ, J., *Alternativas a las penas privativas de libertad. Algunas quiebras del principio de legalidad en la regulación de los sustitutivos penales*, *X Jornadas Penitenciarias de Andalucía*, Jaén, 2002, p. 114.

⁵⁷⁹ CID MOLINÉ, J., “El sistema de penas desde una perspectiva reduccionista: alternativas a la pena de prisión”, *Revista Política Criminal, Cuadernos de Derecho Judicial*, nº. IV, Madrid, 1999, p. 136.

⁵⁸⁰ JESCHECK, H.H., *Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del Derecho penal*, Bellaterra, Barcelona, 1980, pp. 15 y ss., citado por GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑAS, F., *Sistema penitenciario y revolución telemática*, cit., p.29.

⁵⁸¹ LARRAURI PIJOAN, E., “Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el derecho penal español”, *ADPCP*, 1993, p. 45; PAVARINI, M., “¿Menos cárcel y más medidas alternativas? La vía italiana a la limitación de la cárcel reconsiderada a la vista

Se han presentado como alternativa, las pulseras electrónicas, recibiendo críticas en cuanto al elevado coste que supone para el Estado y el poco éxito que puede tener para evitar futuros delitos⁵⁸². La primera referencia doctrinal que encontramos en relación con la vigilancia electrónica fue en 1994 por González Rus⁵⁸³, en cuanto a la prohibición de residir en un determinado lugar.

de la experiencia histórica y comparada”, *Delito y Sociedad*, 1992, pp. 75-86.

⁵⁸² Para saber más del tema, LEGANÉS GÓMEZ, S., *Clasificación penitenciaria, permisos de salida y extranjeros en prisión*, Dykinson, Madrid, 2002; SARTOR, G., “Inteligencia artificial y Derecho”, *La crisis del Derecho y sus alternativas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑAS, F., *Sistema penitenciario y revolución telemática*, cit., es partidario del sistema de las pulseras aunque lo considera como un mal para el hombre el estar controlado las 24 horas al día; LUZÓN PEÑA, D.M., “Control electrónico y sanciones alternativas a la prisión”, *VIII Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Dirección General de Administración Local y Justicia, Sevilla, 1994, pp. 63 y ss., viene a decir, que tal control pondría en entredicho la intimidad, la libertad y su propia dignidad personal, trata de establecer si tal sistema es compatible con los derechos fundamentales, con los principios constitucionales y los político-criminales inherentes a nuestro Estado de Derecho, CAMPBELL, D. y CONNOR, S., *On the record, Surveillance, Computers and Privacy*, M. Joseph, Londres, 1986; FLAHERTY, D., *Protecting Privacy in Surveillance Societies*, University of North Carolina Press, 1989; MAPELLI CAFFARENA, B., “Medidas de seguridad no privativas de libertad”, *Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte general)*, nº. 2, Madrid, 1996; POZA CISNEROS, M., “Las nuevas tecnologías en el ámbito penal”, *Revista del Poder Judicial*, nº. 65, Madrid, 2002, pp. 59 y ss.; GIL HERNÁNDEZ, A., “Protección de la intimidad corporal. Aspectos penales y procesales”, *Delitos contra la libertad y la seguridad, Cuadernos de Derecho Judicial*, nº. 3, Madrid, 1996, pp. 96 y ss.; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑAS, F., *Sistema penitenciario y revolución telemática*, cit., pp. 131 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER, E., “Alternativas a la pena privativa de libertad”, cit. No debemos olvidar que el modelo de vigilancia electrónica ya se reflejaba en Bentham con *El Panóptico*, donde los presos estaban situados de cierta manera que eran expuestos a la constante mirada de los inspectores del centro, criticado por Foucault, cuando describe las consecuencias del sistema; FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, cit., p. 204; del mismo, *El ojo del Poder*, cit., p. 19; del mismo, *Hay que defender a la sociedad*, trad. de H. Pons, Akal, Madrid, 2003, p. 32; por último, la LO 5/1992, de 29 de octubre, sobre Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, en la que diferencia la privación y la intimidad.

⁵⁸³ GONZÁLEZ RUS, J.J., “Control electrónico y sistema penitenciario”, *VIII Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Sevilla, 1994, p. 82.

Frente a éste autor, Mapelli⁵⁸⁴, entre otros, opina que la pena de prohibición de residir en determinados lugares sólo se puede llevar a cabo si se realiza con medios de vigilancia y control electrónico. Señala una serie de críticas en cuanto a los riesgos de intromisión que suponen en la esfera íntima de la persona que se pueden producir cuando la vigilancia se confía a una máquina que no encuentra los obstáculos de distancia, de oscuridad y de barreras físicas características, y que, entre otros problemas, está obligando a reformular los contenidos de la privacidad.

Como acertadamente afirma Gudín “la apertura de la Administración penitenciaria a los medios informáticos ha venido motivada por la necesidad de realizar un esfuerzo de adaptación a los requerimientos de la sociedad actual, tras la vigilancia electrónica subyace un interés por crear un nuevo modelo organizativo, que ansía replantearse, una vez más, el problema carcelario”. Afirma que “no es posible aplicar las nuevas tecnologías sin una planificación y financiación adecuadas al momento y sin una mínima visión de futuro”⁵⁸⁵. Es por lo que estamos ante una auténtica laguna jurídica. Dicho sistema se encuentra bajo el artículo 86.4 del RP cuando se prevé aplicar a los presos otros mecanismos de control suficiente, en cuyo caso, sólo tendrán que permanecer en el Establecimiento durante el tiempo fijado en su programa de tratamiento para la realización de diversas actividades, entrevistas y controles presenciales. Precepto que se ampara en el artículo 71.1 del RP, en el que se establece que los sistemas de control y vigilancia deben estar presididos por el respeto a la dignidad de la persona y desarrollado por la Instrucción 13/2001, de 10 de diciembre⁵⁸⁶.

⁵⁸⁴ MAPELLI CAFFARENA, B., “Medidas de seguridad no privativas de libertad”, cit., pp. 415 y ss.

⁵⁸⁵ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Sistema penitenciario y revolución telemática*, cit., pp. 132-133.

⁵⁸⁶ Frente a esto nos encontramos con la XI y XII Reunión de JVP del 2002 y 2003, respectivamente, en el criterio en el que por unanimidad de los magistrados no rechazan el regimen existente. De otro lado, Bueno Arús tampoco se opone al método de control, BUENO ARÚS, F., “Conclusiones encuentro de Vigilancia penitenciaria”, *Revista del Poder Judicial*, nº. 68, Madrid, 2002, 462; Boletín de Instituciones Penitenciarias, de noviembre-diciembre de 2002, nº. 15, p. 2, en el que se proclama que podía ser el futuro de las prisiones, citado por GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.,

Quizás, el mencionado método sería adecuado para evitar la masificación de las cárceles, como sostiene Lilly⁵⁸⁷, la idea de mantener en casa a los delincuentes poco peligrosos etiquetados telemáticamente con un brazalete electrónico cobra tintes de ser un negocio redondo. No obstante, no debemos olvidar que afecta a los derechos fundamentales, algunos tan esenciales como la intimidad personal del preso llegando a afectar, incluso, a las personas que con él conviven. Surgiendo asimismo la cuestión de a cuáles reclusos se les pone la pulsera electrónica. Pues bien, se entiende que a los que están en tercer grado, de manera que, mientras que antes tan sólo eran vigilados por la noche, que es cuando tenían que volver al Centro penitenciario. Con dicho sistema están controlados las veinticuatro horas al día, la localización pasa a ser, por tanto, permanente. Pero, esto puede ser entendido como un atentado al artículo 15 de la CE argumentándose que la aplicación supone un tratamiento inhumano y degradante. Frente a este sistema de sustitución, se encuentran otros como los trabajos en beneficio de la comunidad⁵⁸⁸, localización permanente⁵⁸⁹, etc.

En lo que respecta a Estados Unidos, el sector privado, es decir, los que se interesan porque la prisión sea privatizada para evitar o disminuir el gasto estatal, se interesan porque se instalen los sistemas de vigilancia electrónica de los presos en régimen de prueba (*probation*) o liberados anticipados (*parole*). En relación a todos los sistemas que han surgido como sustitutivos, cabe preguntarse si, efectivamente, se trata de sustitutivos de la pena privativa de libertad o es una medida de seguridad añadida. Por último, existe una contradicción entre la necesidad de mantener el buen orden de la prisión y el mundo real que está marcado por el avance tecnológico y por las exigencias de la libertad, autorresponsabilidad y seguridad.

Frente a las penas privativas de libertad están las penas privativas de derechos, recogidas en el artículo 39 del CP, al cual me remito por no ser

Sistema penitenciario y revolución telemática, cit., p. 138, nota a pie; Instrucción 1/2005, de 21 de febrero, de control de agresores y las SSTC 128/1995, 37/1996, de 11 de marzo y, 47/2000, entre otras.

⁵⁸⁷ LILLY, R. y BALL, R., "A brief history of house arrest and electronic monitoring", *Northern Dentucky Law Rewueom*, nº. 17, 1987, pp. 343-374.

⁵⁸⁸ En relación, la LO 15/2003, de 25 de noviembre y el RD 515/2005, de 6 de mayo.

⁵⁸⁹ En relación, el RD 515/2005, ya mencionado.

privaciones que le afecten al preso. Se trata de penas consideradas por muchos como aquellas que afectan a un derecho distinto de la libertad ambulatoria. Se ha rechazado su consideración de penas por entender que constituyen consecuencias accesorias y porque, en ocasiones, se imponen como sanción única. La crítica efectuada, en una dimensión político-criminal, a las penas privativas de derechos se basa en la contradicción de las mismas con el principio de resocialización proclamado en el art. 25 de la CE. Ello arranca del carácter estigmatizador de algunas de estas sanciones, constatación que unánimemente ha sido reconocida como fundamento de la supresión en 1983 de la pena de interdicción civil, cuya sombra se ha proyectado sobre el resto de las penas de esta sección, vistas por algunos como manifestaciones de la antigua ida de la muerte civil.

Para concluir, este derecho a la libertad personal, también lo poseen los presos extranjeros, rigiendo, por tanto, criterios y condiciones de igualdad, de aplicación del artículo 25 de la CE en la que las penas privativas de libertad deben estar orientadas, como en reiteradas ocasiones he afirmado, a la reeducación y reinserción social, incluso en lo referente a lo indicado por el artículo 24 de la CE. Sin olvidar que los extranjeros presos tienen, en atención al artículo 3 de la LOGP, derechos como personas y derechos como reclusos.

CAPÍTULO VII

LA REINSERCIÓN SOCIAL Y LA REEDUCACIÓN DE LOS RECLUSOS

1. ARTÍCULO 25 DE LA C.E., DOCTRINA Y SU CONSTITUCIONALIZACIÓN.

A lo largo de los Capítulos anteriores hemos mencionado de forma reiterada el artículo 25.2 de la CE, precepto que garantiza el reconocimiento de todos los derechos fundamentales a los presos a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria. De otro lado, dictamina que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social.

Esta triple limitación se refiere, en cuanto al fallo condenatorio, exclusivamente a los condenados a pena de prisión, sin olvidar las penas accesorias del Código Penal. Las limitaciones que suelen establecer afectan a la libertad, no obstante, también pueden quedar afectados otros derechos como el derecho al sufragio y obtención de cargos públicos, como hemos analizado. El sentido de la pena debe entenderse como privación de ciertos derechos que efectivamente son de imposible ejercicio, por razón de la propia condena, si bien no se encuentran expresamente limitados en el fallo condenatorio. Se trata de derechos no ejercitables en una situación de privación de libertad pues presuponen la propia libertad⁵⁹⁰. En este sentido, Bueno Arús⁵⁹¹ entiende que son incompatibles con el sentido de la pena de privación de libertad, al menos en

⁵⁹⁰ BUENO ARÚS, F., "Eficacia de los Derechos fundamentales reconocidos a los reclusos en el artículo 25.2 de la Constitución española", *X Jornadas de Estudio, Introducción a los Derechos Fundamentales*, vol. II, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid, 1988, p. 1094; en el mismo sentido, COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J., "Garantía penal (comentario al artículo 25 de la Constitución", en ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*, t. III, Edersa, Madrid, 1983, p. 97.

⁵⁹¹ BUENO ARÚS, F., "Eficacia fundamentales reconocidos a los reclusos de los Derechos en el artículo 25.2 de la Constitución española", cit., p. 1094; DELGADO RINCÓN, L., "La constitucionalización de la reeducación y la reinserción social como fin de las penas privativas de libertad", en CARCEDO GONZÁLEZ, R. y REVIRIEGO PICON, F., (eds.), *Reinserción, derechos y tratamiento en los centros penitenciarios*, Amaru, Salamanca, 2001; URÍAS MARTÍNEZ, J., "El valor constitucional del mandato de resocialización", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº. 63, 2001.

su configuración normal, los siguientes derechos: el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, el derecho de reunión y de asociación, los derechos a sindicarse libremente y la huelga, el derecho de petición colectiva, el derecho a defender a España, el derecho a la propiedad privada, el derecho a la libre elección de profesión u oficio, el derecho a la negociación colectiva laboral o a adoptar medidas de conflicto colectivo y la libertad de empresa, así como el pretendido derecho a la sexualidad, rechazado por la STC 89/87, de 3 de junio. Para Cobo y Boix⁵⁹² se trata de que determinados derechos, aunque no se hallen afectados directamente por el contenido del fallo condenatorio, resultan de imposibles ejercicio.

Y, en cuanto a la limitación de la Ley penitenciaria, tiene su fundamento en las necesidades del régimen penitenciario, es decir, el orden, la seguridad, sanciones disciplinarias o lo referido al tratamiento individualizado. Hablamos de Ley penitenciaria y no de reglamento siempre que no lesione el contenido esencial, opinando Lamarca que el límite o barrera de la defensa del contenido esencial resulta operativa, si bien aceptando que dicho contenido no siempre es el mismo para la población reclusa que para el resto de los ciudadanos, sino que la pena de prisión determina una nueva definición o perfil de algunos de esos derechos, de manera que el contenido esencial de la libertad de un condenado es, de entrada, distinto del contenido esencial que pueda predicarse de esa misma libertad con carácter general⁵⁹³. Asimismo se establecen una serie de limitaciones atendiendo a razones de seguridad y orden público como los referentes al derecho de comunicaciones y visitas y al trabajo o libertad de movimiento, pudiendo dar lugar al aislamiento.

Después de este paréntesis, cabe añadir que el precepto constitucional es criticado doctrinalmente porque sólo se refiere a los condenados a la pena de prisión y no, además, a los condenados a medidas de seguridad⁵⁹⁴.

⁵⁹² BOIX REIG, J. y COBO DEL ROSAL, M., *Derechos fundamentales del condenado. Reeducación y reinserción social. Comentarios a la legislación penal y constitucional*, vol. 1, Edersa, Madrid, 1982.

⁵⁹³ LAMARCA PERÉZ, C., "Los Derechos de los presos", en PRIETO SANCHÍS, L., *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Escuela Libre, Madrid, 1994, p. 85.

⁵⁹⁴ En este sentido, MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, Bosch, Barcelona, 1983, pp. 153-154; COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J.,

El mencionado artículo establece una dualidad entre las penas y las medidas de seguridad en el sentido de que ambas van encaminadas a la misma finalidad, la reeducación y la reinserción social. Desde esta perspectiva, no cabe distinción entre pena y medida de seguridad, por ello se habla de “fraude de etiquetas”, existiendo discrepancias entre las doctrinas dualistas y monistas. Por ello es por lo que hay autores -M.J. Falcón y Tella y F. Falcón y Tella- que estiman que se debe de hablar de “sanción penal”⁵⁹⁵.

Los sistemas dualistas, representada esta posición por Roxin, Terradillos y Muñoz Conde, entre otros, se caracterizan porque existen dos vías para impartir la justicia. Una es la pena fundada en la culpabilidad del sujeto, siendo retributiva, porque pretende a través del castigo que el sujeto ofensor pague a la sociedad el daño causado, es represiva al pretender intimidar para que no vuelva a cometer el delito, y determinada porque la pena es la que define la ley o el juez; y otra es la medida de seguridad, fundada en la peligrosidad. En síntesis, la pena está orientada por una necesidad ética y de justicia (*punitur quia peccatum est*)⁵⁹⁶.

Los sistemas monistas, entienden que únicamente hay que aplicar o la pena o la medida de seguridad y no ambas, argumentan que la pena es un valor positivo que encuentra en sí su razón y justificación⁵⁹⁷. Es seguidor de esta

“Garantía penal (comentario al artículo 25 de la Constitución”, cit., p. 96. En sentido similar, Foucault ya aseveraba que “en el interior de la cárcel interesa, fundamentalmente, la disciplina del individuo, la sumisión del cuerpo y del alma”, FOUCAULT, M., *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*, trad. De A. Garzón del Camino, Siglo XXI, Madrid, 2002, p. 203.

⁵⁹⁵ FALCÓN Y TELLA, M^a J. y FALCÓN Y TELLA, F., *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 94.

⁵⁹⁶ Es el caso de ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, t. I, trad. de Luzón Peña, Cívitas, Madrid, 1997, p. 82, considera que el mal debe ser retribuido, equilibrado y expiado; TERRADILLOS, J., *Peligrosidad social y Estado de derecho*, Akal, Madrid, 1981, pp. 118 y ss.

⁵⁹⁷ MANTOVANI, F., *Diritto Penale. Parte Generale*, Cedam, Padova, 1988, p. 713. Es de la opinión de que el delito es la negación del ordenamiento jurídico y la pena es la negación del delito, por lo que la pena, en cuanto negación de una negación, es una afirmación del Derecho; AMATO, N., *Diritto, delitto, carcere*, Giuffrè, Milan, 1987.

teoría, entre otros, Pacheco⁵⁹⁸, quien defiende que la pena es un hecho altamente grave que se deriva del orden supremo, de la providencia universal que rige y ordena todas las cosas. A mayor abundamiento, Silvela⁵⁹⁹ manifiesta que “si la razón de la pena está en el quebrantamiento del orden jurídico por una voluntad a él opuesta, su fin consiste en restaurarle y restablecerle en toda su pureza”; y C. Arenal⁶⁰⁰ opina que la pena es expiación, lo que supone el modo de reducir al malo a la impotencia de hacer mal.

Frente a estos dos sistemas se encuentran los eclécticos, mixtos o teorías unificadoras, sus seguidores son Quintano Ripollés, Rodríguez Mourullo y Landrove, entre otros. Iniciados en Alemania por Merkel, constituyen una posición intermedia, que tratan de dar respuesta a las insuficiencias presentadas por las teorías absolutas y relativas; proponen que primero se aplique la medida de seguridad y cuando llegue su ejecución se tome en consideración para la duración de la pena, en caso de que sea necesario aplicarla. Aunque para otros se fundamenta en la prevención del delito, así opina, Antón Oneca, Muñoz Conde o Mir Puig. El Código penal actual se basa en esta teoría unitaria.

Esta posición no ha escapado de los autores más extremistas en la defensa de las teorías absolutas o relativas⁶⁰¹. Así, Kant⁶⁰² admitía la finalidad preventiva; Hegel, en ocasiones, es estudiado dentro de las teorías relativas de la pena⁶⁰³;

⁵⁹⁸ PACHECO, J., *Estudios de Derecho Penal*, Boix, Madrid, 1887, p. 241.

⁵⁹⁹ SILVELA, L., *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Murillo, Madrid, 1874, pp. 259 y ss.; ARANDA CARBONEL, M^a J., *Reeducación y reinserción social. Tratamiento Penitenciario. Análisis teórico y aproximación práctica*, Ministerio del Interior, Madrid, 2007, p. 19, nota n.º. 46.

⁶⁰⁰ ARENAL, C., *Estudios Penitenciarios*, vol. I, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1895, citado por ARANDA CARBONEL, M^a J., *Reeducación y reinserción social. Tratamiento Penitenciario. Análisis teórico y aproximación práctica*, cit., p. 19, nota n.º. 47.

⁶⁰¹ CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas. (Análisis crítico sobre los fines de la pena)*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, n.º. 44, Madrid, 2008, p. 115, nota n.º. 359.

⁶⁰² KANT, I., *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 166-171. En el mismo sentido, WALKER, N., “La eficacia y la justificación moral de la prevención”, *Cuadernos de Política Criminal*, n.º. 11, 1980, p. 141.

⁶⁰³ POLAINO NAVARRETE, M., *Derecho Penal. Parte General*, t. I. Bosch, Barcelona, 2001, pp. 109 y 122-124.

Feuerbach, aceptaba el principio de culpabilidad aunque no como imperativo categórico⁶⁰⁴; de Filangieri se ha dicho⁶⁰⁵ que era partidario de la Ley del Talión; o a Platón se ha etiquetado como partidario de las teorías absolutas de la pena⁶⁰⁶, cuando defendía abiertamente fines preventivistas⁶⁰⁷; Von Liszt, establecía el fundamento de la pena en la culpabilidad⁶⁰⁸; Montesquieu, mantenía que no es el hombre el que produce violencia al hombre cuando se le castiga con una pena, sino sus propias acciones, y que las Leyes debían sacar las penas de la naturaleza de los delitos cometidos⁶⁰⁹, entre otros.

Este sistema (el de las teorías unificadoras) se funda en el positivismo de Ferri. La medida de seguridad parte de las preguntas, en relación a la finalidad del castigo, en el porqué y para qué se castiga. La doctrina lo que trata es de dar explicación a la necesidad de mantener el orden jurídico en la comunidad para una mejor y mayor convivencia. Frente a ellos se encuentra la doctrina abolicionista que entiende que es posible una sociedad en la que no existan sanciones penales, entre los que cabe citar a Maurach⁶¹⁰.

Para Falcón y Tella⁶¹¹ la sanción penal, aunque sea necesaria, tiene que ser una *última ratio*, un último recurso, cuando los demás modos de ordenación y protección de la sociedad hayan fallado, de modo que son presupuestos justificativos de la sanción penal los principios de subsidiariedad y

⁶⁰⁴ En este sentido, MILITELLO, V., *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Giuffrè, Milan, 1982, p. 77.

⁶⁰⁵ Por ROJAS, R.M., *Las contradicciones del Derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p.33.

⁶⁰⁶ POLAINO NAVARRETE, M., *Derecho Penal. Parte General*, t. I, cit., p. 108.

⁶⁰⁷ PLATÓN, *Protágoras*, (424.a y b), en *Protágoras, Gorgias, Carta Sèptima*, Alianza Editorial, Madrid, 1998, pp. 61-62.

⁶⁰⁸ VON LISZT, F., *La idea del fin en el Derecho penal*, Comares, Granada, 1995, p. 50.

⁶⁰⁹ ANTÓN ONECA, J., *Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración*, Instituto de Ciencias Jurídicas, Madrid, 1965, p. 14.

⁶¹⁰ MAURACH, R., *Tratado de Derecho penal*, trad. y notas de Derechos Español de CÓRDOBA RODA, J., 1962, p. 63, citado por FALCÓN Y TELLA, M^a J. y FALCÓN Y TELLA, F., *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, cit., p. 121.

⁶¹¹ FALCÓN Y TELLA, M^a J. y FALCÓN Y TELLA, F., *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, cit., p. 121.

efectividad⁶¹². En un sentido más crítico y amplio, afirma García Valdés⁶¹³ que “se ha dicho, con razón, que la pena tiene una existencia universal, y es exacta [...]”. Prácticamente, esta teoría es la dominante en la doctrina, incluso en el Código Penal se encuentran resquicios de la misma, como por ejemplo, el aumento de la pena en el supuesto de que exista tentativa o agravantes.

Con esta perspectiva, cabe subrayar que la doctrina mayoritaria estima que el primer párrafo del artículo 25.2 de la CE tiene como ámbito de aplicación el estrictamente penitenciario, es decir, afecta a la pena o medida de seguridad. En consecuencia, se añade que no se deduce que el legislador haya optado por uno de los aspectos de la llamada prevención especial en cuanto al fin de la pena⁶¹⁴. El Tribunal Constitucional ha recordado en numerosas sentencias, tales como 28/1988, de 23 de febrero y 88/1998, de 21 de abril, que las finalidades resocializadoras del artículo 25.2 de la CE no se imponen sobre las de prevención general o especial⁶¹⁵, además de que no excluyen otras finalidades de la pena. Tal configuración ha permitido a un sector de la doctrina

⁶¹² RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Significado político y fundamento ético de la pena y de la medida de seguridad”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº. 219, 1965, pp. 28-29, citado por FALCÓN Y TELLA, M^a J. y FALCÓN Y TELLA, F., *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, cit., p. 121.

⁶¹³ GARCÍA VALDÉS, C., *Teoría de la pena*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 11.

⁶¹⁴ Entre otros, BARRANCO AVILÉS, M.C., *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 77-78; BOIX REIG, J., “Significación jurídico-penal del artículo 25.2 de la Constitución”, en *Escritos Penales*, Universidad de Valencia, Valencia, 1979, p. 132; COBO DEL ROSAL, M. y BOIX, J., “Derechos fundamentales del condenado”, cit., p. 223; MAPELLI, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, cit., p. 1334; LUZÓN PEÑA, D.M., *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1979, p. 47; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “La supuesta función resocializadora del Derecho penal”, *Estudios Penales*, Barcelona, 1984, p. 94. También se ha pronunciado en este sentido, la jurisprudencia al manifestar que el art. 25.2 no excluye otras finalidades de la pena, ATC 780/86, de 19 de noviembre; SSTC 1/1987, de 21 de enero; 281/1988, de 23 de febrero, y 1501/1991, de 4 de julio.

⁶¹⁵ BARRANCO AVILÉS, M. C., “La teoría jurídica”, cit., pp. 77-78.

como Téllez Aguilera y Mapelli Caffarena, defender que se pueda hablar de una devaluación de las previsiones del artículo 25.2 del texto constitucional⁶¹⁶.

La cuestión a tratar consiste en si es o no preciso castigar, mas para dar una respuesta hay que tener en cuenta las teorías abolicionistas y las justificacionistas. Por lo que se refiere a las primeras, aportan una respuesta negativa indicando que no hay justificación alguna para el Derecho penal y el *ius puniendi* del Estado. Afirman que la sanción penal no es una institución tan transparente y autoevidente de control de los delitos como podría hacérsenos creer, el papel de la sanción en la sociedad moderna no es tan obvio, sino la consecuencia de un oscuro efecto de autoafirmación de las instituciones existentes, más que algo que derive lógicamente de las prácticas penales⁶¹⁷; mientras que las segundas, o respuestas positivas, admiten la necesidad de sancionar o castigar, se trata de las teorías absolutas o relativas.

Para Álvarez García⁶¹⁸, la norma constitucional recogida en el artículo 25.2 de la CE no contiene tanto un mandato, en sentido estricto, dirigido al legislador, cuanto un principio que debe observarse por todos los poderes públicos y, por lo

⁶¹⁶ Para TÉLLEZ AGUILERA, A., *Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*, Edisofer, Madrid, 1998, pp. 36-37, por ejemplo, dicha devaluación derivaría de su confusión entre los fines de la pena y los derechos que tiene el condenado; su eventual configuración como tal derecho supondría un “revulsivo para la actuación de la administración penitenciaria que se vería compelida a poner en funcionamiento verdaderos programas de tratamiento”; MAPELLI CAFFARENA, B., “El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional”, *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 24; TAMARIT SUMALLA, J.M., SAPENA GRAD, F. y GARCÍA ALBERO, R., *Curso de Derecho Penitenciario*, Cedecs, Barcelona, 1996, p. 40.

⁶¹⁷ FALCÓN Y TELLA, M^a. J. y FALCÓN Y TELLA, F., *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, cit., p. 122. Para la justificación de la pena, CID MOLINÉ, J., *¿Pena justa o pena útil? El debate contemporáneo en la doctrina penal española*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994.

⁶¹⁸ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., “La reeducación y reinserción social en el momento de la conminación” en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F., (coords.) *El Nuevo Derecho Penal español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 35-36. Este estudio de la distinción ya la elaboró DOLCINI, E., *La commisurazione della pena*, Padova, 1979.

tanto, no solamente por el legislador, en el desarrollo de su actividad. Este autor, mantiene que si resulta evidente que la interpretación de un precepto no nos permite superar el ámbito de lo posible, resulta claro también que cuando se *fabrica* la norma de la parte especial no puede pretenderse *curar, retribuir, reeducar*, etc.; y ello porque todavía, en ese momento, no hay un *enfermo*, un *comportamiento* o un posible *objeto de pedagogía*. Esto obliga a distinguir tres momentos en la aplicación de la pena: la conminación, la medición o imposición judicial y la ejecución de la pena⁶¹⁹, de lo contrario resulta difícil atribuir a la pena otra función que no fuese la de prevención general. En esta línea, la STC 55/1996, de 28 de marzo distingue entre un fin esencial y directo de protección al que responde la norma, otros fines legítimos que puede perseguir la pena y las diversas formas en que opera (funciones o fines inmediatos entendidos como prevención general y prevención especial)⁶²⁰.

Además, Sánchez González⁶²¹ sostiene que estamos ante un enunciado normativo que parte de una posición ideológica propia de un sentido falso del progreso social y del humanitarismo, como es la de abandonar el tradicional carácter retributivo y punitivo de las normas penales. Si dichas normas son tales, conviene recordarlo, es porque constituyen la mejor y más rigurosa protección jurídica de la vida, de la libertad, de la intimidad y de la propiedad de

⁶¹⁹ SCHMIDHAUSER, E., *Von Sinn der Strafe*, Gottingen, 1971, y ROXIN, C., "Sentido y límites de la pena estatal", *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. de D.M. Luzón, Madrid, 1976.

⁶²⁰ Al respecto, ZIPF, H., "Alteraciones dogmáticas en los fines de la pena de la prevención especial y de la prevención general", *Estudios jurídicos sobre la reforma penal*, Córdoba, 1987; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., "La prevención penal en la individualización judicial de la pena", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1981.

⁶²¹ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., "En torno a la igualdad y a la desigualdad", en SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., (coord.), *En torno a la igualdad y a la desigualdad*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 24-25. Manifiesta que los trabajos encaminados a la reeducación y reinserción deben ser contemplados como excepcionales y destinados, en cualquier caso, a tratar la delincuencia juvenil, o prematura, y restringidas a los autores de delitos menores. Mantiene, además, que tal precepto ha configurado un sistema penitenciario que, lejos de representar el principal elemento disuasorio de la conducta antisocial o desviada, funciona como factor de estímulo de la actividad antijurídica delictiva, en particular para aquellos sectores sociales que viven en situación de precario.

todos los ciudadanos. La idea de orientar la pena de privación de libertad hacia la reeducación y reinserción sociales parte también de una presunción basada en el desconocimiento de la realidad y de la experiencia acumulada por los sistemas penitenciarios.

Como ya indicábamos, en cuanto a la constitucionalización de la reeducación y reinserción social de los presos, no hay unanimidad en la doctrina. Mientras que para Serrano Alberca⁶²² tiene por objeto fijar la orientación que debe seguir la legislación, sin que ello suponga olvidar la finalidad preventiva tanto general como especial de la pena; Mapelli⁶²³ admite la posibilidad de que en un futuro el legislador, guiado por el principio de humanidad en la imposición de las sanciones, vaya reduciendo la presencia de la pena privativa de libertad, sustituyéndola por otras modalidades de sanciones (resocialización).

Por lo que respecta a la doctrina penalista hay autores que consideran que la resocialización es una *utopía* -Pavarini, Bergalli⁶²⁴-, un *mito* -Muñoz Conde, De la Cuesta Arzamendi, en palabras de éste “de un nuevo engaño dirigido a ocultar la realidad de la intervención penal cada vez más represiva y que, a través del discurso resocializador y terapéutico, bajo el manto de la “neutralidad” científica, logra dotar al castigo de una legitimación y apariencia de racionalidad de la que progresivamente carecía”⁶²⁵- o un *desiderátum* -

⁶²² SERRANO ALBERCA, J.M., “Comentario al artículo 25”, *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 2001, p. 602.

⁶²³ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., pp. 134 y ss.

⁶²⁴ Es la opinión de PAVARINI, M., *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, Siglo XXI, México, 1999, p. 87; del mismo, “Il sistema della giustizia penale tra riduzionismo e abolizionismo”, *Dei Delitti e Delle Pene*, n.º. 3, 1985, pp. 525-554; y “Fuera de los muros de la cárcel: la dislocación de la obsesión correccional”, *Poder y Control*, n.º. 0, 1986, pp. 155-174; BERGALLI, R., “Los rostros ideológicos de la falsía resocializadora. El debate en España”, *Doctrina Penal*, n.º. 36, Depalma, Buenos Aires, 1986, pp. 577-597.

⁶²⁵ MUÑOZ CONDE, F., “La resocialización del delincuente: análisis y crítica de un mito”, *Libro Homenaje a Antón Oneca*, Salamanca, 1982, pp. 387 y 390; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria”, *Papers d'estudis i formació*, n.º. 12, 1993, p. 11.

Tamarit Sumalla, Neuman⁶²⁶-, es decir, actualmente la prisión produce efectos desocializadores y no una reinserción⁶²⁷. La doctrina ha criticado, como es el caso de Morales Prats, la resocialización llevada a cabo a través del tratamiento penitenciario, alegando su carácter coactivo, este autor admite que dentro de la actual forma de Estado social y democrático de Derecho anida una contradicción: “de un lado, se contempla a la persona como entidad ética (dignidad humana y los derechos garantías que le son inherentes) no gregaria de los valores del Estado, pero por otro lado, se le otorga a la pena un fin resocializador que constituye una manifestación más de la autoafirmación del Estado y de su orden de valores en el estricto momento de la imposición y ejecución de

⁶²⁶ TAMARIT SUMALLA, J.M., GARCÍA ALBERO, R., SAPENA GRAU, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M., *Curso de Derecho Penitenciario*, Cedecs, Barcelona, 1996, p. 34, quienes, siguiendo la opinión de Ashworth y Von Hirsch, reconocen que “el ideal rehabilitador ha pasado a ocupar, [...] un rol periférico en la Administración de justicia penal”. De otro lado, se dice que el *desideratum* de la penología, es decir, la readaptación social, debe verificarse sobre seres humanos y no sobre categorías legales; NEUMAN, E., “Aspectos penológicos”, en NEUMAN, E. e IRURZUN, V.J., *La sociedad carcelaria. Aspectos penológicos y sociológicos*, Dalmata, Buenos Aires, 1977, p. 18. Esta afirmación acepta la prevención del delito y el tratamiento al recluso, que en palabras de Neuman no sólo debe quedar en tarea de la administración penitenciaria sino también en cooperación, solidaridad, asistencia y responsabilidad del cuerpo social.

⁶²⁷ Es numerosa la bibliografía que se puede citar sobre los efectos desocializadores de la cárcel pero, así, MORALES PRATS, F., en QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho Penal, Parte general*, Pamplona, 2000, p. 102; RÍOS MARTÍN, J.C., “Cárcel y Derechos Humanos”, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario*, Barcelona, 1998, pp. 615-622; del mismo, *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel*, Colex, Madrid, 2009, pp. 85-86, ofrece algunos de los efectos desocializadores que origina la intervención carcelaria. A lo largo de la historia el concepto de *resocialización* ha sufrido fundamentalmente descalificaciones de orden ideológico. Desde perspectivas más radicales, representadas fundamentalmente por las teorías psicoanalistas y marxistas, se defiende que la resocialización que hay que realizar no es la del delincuente, sino la de la misma sociedad que produce el delito; MUÑOZ CONDE, F., “Resocialización y tratamiento del delincuente”, cit., p. 107; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “La supuesta función resocializadora del Derecho Penal”, cit., p. 93, cit. 250.

las sanciones penales”⁶²⁸, caracterizado porque el delincuente se tiene que adaptar a un mundo diferente al que existe en el exterior de esos muros⁶²⁹.

2. APLICACIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD COMO PRINCIPIO RESOCIALIZADOR

2.1. RESEÑA HISTÓRICA

Atendiendo a la historia carcelaria, en un principio la prisión no existía para reinsertar a los delincuentes; esta idea es propia del siglo XIX-XX. El punto clave es cuando comienza a evolucionar la teoría de las penas, dando lugar a críticas en cuanto a la existencia de una justicia ineficaz y arbitraria y a la desproporción entre los delitos y las penas. En definitiva, se lucha por el fin de la tortura⁶³⁰. A título ilustrativo, Bentham⁶³¹ señaló el cambio aseverando que “toda casa de penitencia debe ser una escuela, [...] por qué se negaría el beneficio de la instrucción a unos hombres ignorantes que pueden hacerse miembros útiles de la sociedad con una nueva educación”.

Pese a ello, hay que añadir que no existen precedentes en los distintos textos constitucionales españoles como el indicado en el artículo 25.2 de la vigente Constitución⁶³², en el que se han orientado la pena privativa de libertad y

⁶²⁸ MORALES PRATS, F., en QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho Penal*, cit., p. 103.

⁶²⁹ Es lo que la criminología ha llamado *subcultura penitenciaria* o *carcelaria*.

⁶³⁰ De ello, el gran elogio de la obra *De los delitos y de las penas* de Beccaria, cuya entrada en España no fue inmediata a su publicación debido a que fue prohibida por la Inquisición.

⁶³¹ BENTHAM, J., *Panóptico*, La Piqueta, Madrid, 1791, p. 43.

⁶³² En este sentido, SOBREMONTÉ MARTÍNEZ, J.E., “La Constitución y la reeducación y resocialización del delincuente”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 12, 1980, pp. 180 y ss. Se ha planteado, por la doctrina, la inconstitucionalidad de la pena privativa de libertad que no lleve a la consecución de la reinserción social, se entiende que es para cualquier tipo de privación de libertad, planteándose el problema del parámetro de la reinserción. Ha sido la jurisprudencia constitucional la que ha dado la solución a la cuestión planteada, alegando la constitucionalidad de preceptos que

las medidas de seguridad hacia la reeducación y reinserción social, es decir, ya no cumple la función de retribución o prevención general. La cárcel como sistema de control social pasa a ser una forma de pena, pretende la reintegración social. Para Pavarini⁶³³ se produce la unión entre el contrato con la disciplina y la retribución con la reeducación, de manera que la pena carcelaria realiza la primera gran inversión funcional del aparato de control: la sujeción de la propia destructividad al parámetro contractual (el principio de la retribución), y la subalternidad de la propia función al proceso productivo (el principio de la reeducación).

Pero, un sector doctrinal, entre ellos Cobo del Rosal y Boix, considera que la medición de la pena en un Estado de Derecho debe realizarse por la gravedad del hecho culpable realizado y sería contradictorio que la misma se fundamentara, entonces, en criterios preventivos y no en la culpabilidad, como se deduce del derecho fundamental a la seguridad jurídica⁶³⁴. Esta opinión se contrapone en el caso de que el preso se halle reeducado, es decir, la finalidad de la pena ya está lograda. La doctrina mayoritaria, representada por Mapelli Caffarena, Luzón Peña, García-Pablos, sustenta que la reeducación y la reinserción social sólo afectan a la pena o medida de seguridad impuesta, detallando que únicamente se refiere a la pena privativa de libertad y no a todo el sistema de sanciones, aunque existen críticas en cuanto a que no se detalla a qué medida de seguridad se refiere debiéndose concretar en las que consistan en la privación de libertad⁶³⁵. En palabras de Jescheck⁶³⁶, “de resultar aplicable

disponían penas con objetivos de reeducación y reinserción (ATC 985/1986, de 19 de noviembre).

⁶³³ *Ibidem*, pp. 86-87. En el siglo XX dichas condiciones materiales van desapareciendo, lo que prima es la disciplina, en este sentido, manifiesta que es la sociedad disciplinar la que se extiende y la cárcel pierde progresivamente toda función real y toda primacía en la práctica del control en la medida en que ahora las disciplinas y el control están en otra parte, esto es, en lo social.

⁶³⁴ Entre ellos, la opinión de COBO DEL ROSAL, M. y BOIX, J., *Derechos fundamentales*, cit., p. 220.

⁶³⁵ Ver MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, cit., pp. 133 y ss.; LUZÓN PEÑA, D.M., *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1979, p. 47; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “La supuesta función resocializadora del Derecho penal”, cit., p. 94. SSTC 1/1987, de 21 de enero y 150/1991, de

una pena privativa de libertad, su ejecución debe tener lugar bajo el principio de resocialización, mediante una educación escolar, profesional y corporal del preso, el reforzamiento de su conciencia de responsabilidad y la estimulación de la colaboración activa en el establecimiento penitenciario”.

En un sentido amplio, Kant⁶³⁷ habló de una *retribución moral*, considerando la pena como una exigencia ética profunda e insuprimible de la conciencia humana. Plantea que “la ley penal es un imperativo categórico: actúa sólo con arreglo aquella máxima que tu quisieras al mismo tiempo que se convirtiese en una ley general” o “actúa como si la máxima de tu conducta se debería convertir por tu voluntad en ley general de la naturaleza”. Por su parte, Hegel⁶³⁸ habló de una *retribución jurídica*, postulando que la pena es la negación del delito y afirmación del Derecho. Afirma que la lesión que se le impone al delincuente no sólo es en sí justa sino que, al serlo, es al mismo tiempo la expresión racional, expresión de la libertad, su derecho. Al considerarse la pena en este sentido como su derecho, se honra al delincuente como ser racional. Si se justificase la pena por sus efectos preventivos, es decir por razones utilitarias, se utilizaría al delincuente como instrumento para la consecución de fines sociales, lo cual implicaría un menoscabo en su dignidad humana. Estos postulados retributivos de Kant y Hegel que entendían la pena como el castigo por el delito cometido han sido abandonados en el ámbito del Derecho Penal al prevalecer la idea del castigo *ne peccetur* no *quia peccatum est* para que no se cometan delitos en el futuro. Hegel sustenta, de esta forma, que no corresponde considerar la pena como un mal, ni como un bien, sino que se trata de analizarla como una violación al Derecho.

4 de julio, al manifestar que este fin de la pena (de inserción) no excluye otros como la prevención general o el carácter retributivo; 19/1988, de 16 de febrero, la reeducación y la inserción social no es el único objetivo admisible de la privación penal de la libertad, ya que las penas cortas tienen más dificultad en la consecución de tal fin; 120/2000, de 10 de mayo; STS 15 de noviembre de 2005, Sala 2ª.

⁶³⁶ JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal. Parte General*, trad. de M. Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2000, p. 74.

⁶³⁷ KANT, E., *Metafísica de las costumbres*, ver la cita que hace CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español*, t. I, Tecnos, Madrid, 2004, p. 22.

⁶³⁸ HEGEL, G.W., *Líneas fundamentales de la filosofía del derecho*, ver la cita que hace CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español*, cit., p. 22.

2.2. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA REINSERCIÓN SOCIAL

2.2.1. Teoría de la prevención especial

A efectos de nuestro estudio, nos interesa concretar la teoría de la prevención especial por el fin que persigue, fin considerado como primordial. Dentro de la prevención especial hay distintas doctrinas, así las moralistas de *la enmienda*⁶³⁹, las naturalistas de *la defensa social*⁶⁴⁰ y las teleológicas de *la diferenciación de la pena*⁶⁴¹. Desde este punto de vista, se debe advertir que todas se caracterizan porque tienen en cuenta al reo, esto es, a los autores de los hechos y no a los hechos delictivos en sí, siendo de gran relevancia las características

⁶³⁹ Teoría ya reflejada en Platón con *poena medicinalis*, en su obra *Georgias*, en Diálogos, trad. de L. Roig de Lluis, vol, I, 478d, Espasa-Calpe, Madrid, 1998, p. 73. Quien indica “el castigo modera a los hombres, los hace más justos y viene a ser como la medicina de la maldad”; 472e, p.62; 477a, p. 70. Teoría que confunde el derecho con la moral ya que considera que el delincuente y preso es un pecador que hay que reeducar de forma coaccionada. Para Ferrajoli, las doctrinas pedagógicas de la enmienda son el resultado de una desafortunada mezcla de las ideas de Lombroso acerca del *delincuente nato* o *natural* y la desigualdad natural de los hombres, y de las de Spencer acerca de la sociedad como *organismo social* y las de Darwin sobre la selección y la lucha por la existencia, que, aplicadas a semejante *organismo*, le legitimarían para defenderse de las agresiones externas e internas, FERRAJOLI, L, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit. p. 267.

⁶⁴⁰ Dependiendo si se trata de la doctrina positivista o la terapéutica de la defensa social, se perseguirá la prevención especial de los delitos asignado a las penas y a las medidas de seguridad el doble fin de curar al condenado en la presuposición de que es un individuo enfermo y/o de segregarlo y neutralizarlo en la presuposición de que también es peligroso, *Ibidem*, p.266.

⁶⁴¹ Hace referencia a la orientación correccionalista en función de la prevención especial de las penas a su individualización y diferenciación, *Ibidem*, p. 267, citando a Grolman como el precursor de la idea de que la pena es medio de intimidación del reo, debiéndose adecuar judicialmente a su concreta personalidad. Tanto esta doctrina como la anterior, confunde derecho y naturaleza, sociedad y estado, ordenamientos jurídicos y organismos animales, representando al reo como un enfermo o como ser anormal al que hay que curar o eliminar, *Ibidem*, p. 270, citando a Ferri quien indica que “la pena debería pasar del campo etéreo de las amenazas legislativas al campo práctico de la clínica social de preservación de la infección criminal y los penales en establecimientos de curación física [...]”, *Sociología criminal*, cit., p. 726.

personales y no cómo actúan para cometer el hecho delictivo. De otro lado, consideran al delito como una patología, lo que se defiende es que la pena va encaminada como terapia política a través de la curación o la amputación⁶⁴². Siendo T. Moro⁶⁴³ quien señalara las primeras líneas de la privación de la libertad personal como pena orientada a la reeducación a través de la doctrina de la enmienda.

No obstante, el tema que se debe analizar es la prevención especial, fundamentada, en sentido general, en la evitación por parte del sujeto que ha cometido el delito de que cometa más, es decir, evitar la reincidencia. Se consigue a través de la educación y socialización del sujeto, como indica la Constitución y la normativa penitenciaria. La reeducación y la resocialización del que ya es recluso, buscando un tratamiento corrector del delincuente⁶⁴⁴, esto es, la prevención especial positiva. Pero hay un sector que considera que la resocialización no previene el delito⁶⁴⁵. En cuanto a la negativa, se refleja en el hecho de que la pena impuesta, que es la pena privativa de libertad, juega un papel intimidatorio⁶⁴⁶ para el que ya ha cumplido la misma con el fin de que no vuelva a delinquir.

Matizando más la cuestión, como indica Castro Moreno⁶⁴⁷, “la prevención especial consiste en la inocuización o el aseguramiento del

⁶⁴² FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit. p. 270.

⁶⁴³ MORO, S.T., *Utopía*, Libro I, trad. de P. Rodríguez Santidrián, Alianza Editorial, Madrid, 1984, pp. 88-89 y 119, establece la aplicación de los trabajos forzados para los ladrones. Además es utilizable como medida de prevención y de orden público, cuando pone como ejemplo a los vagabundos para experimentar el sistema.

⁶⁴⁴ CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas*, cit., p. 80.

⁶⁴⁵ Es el caso de DE SOLAS DUEÑAS, A., GARCÍA ARÁN, M. y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Alternativas a la prisión: penas sustitutivas y sometimiento a prueba*, PPV, Barcelona, 1986, p. 7.

⁶⁴⁶ Sobre el efecto intimidatorio de la pena es importante el trabajo realizado por el Prof. José M. RICO, quien concluye que no existe prueba científica del valor intimidante de la pena, su concepto es ambiguo, *Las sanciones penales y la política criminológica contemporánea*, Siglo XXI, México, 1979, pp. 12 y ss.

⁶⁴⁷ CASTRO MORENO, A., “El por qué y el para qué de las penas”, cit., p. 80; en el mismo sentido, GÖBBELS, H., “Los asociales”, trad. de A. Linares, Madrid, 1952, p. 214; MEZGER, E., *Criminología*, trad. de Rodríguez Muñoz, Madrid, 1942, p. 284;

delincuente como forma de protección de la sociedad, que impide *físicamente* al individuo la reincidencia. En suma, la prevención especial se ejerce mediante la intimidación, la mejora y tiene su base en la peligrosidad del sujeto". Lógicamente, hay infinidad de bibliografía que trata la prevención especial pero analizaré, exclusivamente, la de los principales teóricos. Ya en Platón⁶⁴⁸ se encuentran indicios; y Séneca⁶⁴⁹ indica que "debe ser corregido quien yerra [...] y debe hacerse mejor tanto para sí como para los demás [...]. ¿No es en ocasiones el castigo necesario? ¿Y qué no? [...] no busca dañar sino que cura bajo la apariencia de hacer daño [...]. De la misma manera conviene que el custodio de las leyes y el gobernante de la ciudad en la medida en que pueda, con palabras y éstas las más suaves tutele los espíritus de forma que les persuada a cumplir con su deber y concilie en sus corazones el anhelo de lo honesto y de lo justo y suscite el odio a los vicios y el apremio por las virtudes [...]".

Pese a estas breves referencias históricas, es en la Escuela Sociológica Alemana o Joven Escuela del Derecho Penal a las que debemos prestar atención, cuyo principal exponente es Von Liszt⁶⁵⁰, considerándose como el precursor de dicha teoría, para quien la pena cumple una función distinta en función del tipo de delincuente. Así, para los delincuentes ocasionales o racionales la pena cumple una función intimidatoria; para los delincuentes que son susceptible de una corrección la pena cumple una función de corrección; para los delincuentes habituales que no son susceptibles ni de intimidación ni de corrección, la función de la pena es la inocuización. Indica que, "[...] la pena no se dirige contra el delito, sino contra los delincuentes [...] debería adoptarse la siguiente clasificación: 1) corrección del delincuente capaz de corregirse y necesitado de

LISZT, F. V., *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, t. I, Berlín, 1905, p. 166, citado por MAPELLI CAFFENERA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 141.

⁶⁴⁸ PLATÓN, *Las Leyes*, libro IX, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1990, 870e; y en su obra *Georgias*, en Protágoras, Gorgias, Carta Séptima, Alianza Editorial, Madrid, 1998.

⁶⁴⁹ SENECA, L.A., *De la Cólera*, Libro I, Cap. VI y XIV, Alianza Editorial, Madrid, 1986, y *Sobre la Clemencia*, Libros II y VII, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 43, 54, 55.

⁶⁵⁰ VON LISZT, F., *La idea del fin en el Derecho penal: programa de la Universidad de Marburgo*, cit., pp. 82 y ss.

corrección (para los que imponía la pena de prisión), 2) intimidación del delincuente que no quiere corrección y, 3) inocuización del delincuente que carece de capacidad de corrección, [...]. Del mismo modo que un miembro enfermo contagia a todo el organismo, la célula cancerosa del delincuente habitual, en rápido crecimiento, se extiende cada vez más intensamente en nuestra vida social”.

Junto a Von Liszt debemos citar a Krause y Röder, para aquél, la enmienda del delincuente es el fin único y justificativo de la pena, lo que significa que el Estado debe tutelar al delincuente como si se tratara de un menor de edad y reeducarlo para que actúe justamente⁶⁵¹. Para Röder, la pena correccional es la más favorable al delincuente, a la vez que al Estado, como un verdadero beneficio para todo el cuerpo social y para el miembro enfermo⁶⁵².

De otro lado, Lombroso⁶⁵³ también fue seguidor de las teorías preventivas especiales, pero serían Ferri⁶⁵⁴ y Garófalo⁶⁵⁵ los difusores de sus ideas. En lo que respecta a España, destaca Dorado Montero⁶⁵⁶, seguidor de la

⁶⁵¹ RÖDER, C.D.A., *Las doctrinas fundamentales reinantes. Sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones. Ensayo crítico preparatorio para la renovación del Derecho penal*, cit., pp. 238-239; CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas*, cit., p. 89.

⁶⁵² RÖDER, C.D.A., *Sobre el delito y la pena*, cit., p. 253.

⁶⁵³ Creador de la Escuela Positiva, aplica el método inductivo experimental al estudio de la delincuencia y concibe al criminal como nato.

⁶⁵⁴ FERRI, E., *Los nuevos horizontes del derecho y del procedimiento penal*, trad. de I. Pérez Oliva, Góngora, Madrid, 1887, defiende la idea de que la pena debe imponerse como mecanismo de defensa social para evitar futuros delitos. Partidario de que no se puede establecer una pena fija en función del hecho realizado porque no se puede saber el tiempo que el delincuente va a necesitar en su reinserción social; del mismo, *Principios de Derecho Criminal. Delincuente y delito en la Ciencia, en la Legislación y en la Jurisprudencia*, trad. de J.A. Rodríguez Muñoz, Reus, Madrid, 1933. También son partidarios de la sentencia indeterminada Von Liszt y Röder.

⁶⁵⁵ GAROFALO, R., *La Criminología, estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión*, La España Moderna, Madrid, 1900, recoge las propuestas de Ferri para reducir la criminalidad.

⁶⁵⁶ DORADO MONTERO, P., *El Derecho protector de los criminales*, tt. I y II, V. Suárez, Madrid, 1916, pp. 180 y ss. En especial las pp. 193-194 en las que trata el tratamiento de los delincuentes. Asimismo, valora la peligrosidad social al afirmar que “lo que se pretende hacer con los delincuentes y en parte se está ya practicando en algunos

Escuela correccionalista-positivista, quien mantuvo que “[...] la función llamada Administración de justicia penal es una verdadera cura de almas [...] que es el pecador, más que el pecado ya cometido, propiamente, lo que importa”, transformándose, como se observa, en criterios de resocialización de forma individualizada.

Estas teorías son defendidas por Luzón Peña⁶⁵⁷ quien subraya que “la misión de la pena no es realizar la justicia, sino algo mucho más modesto: la existencia de la pena (y del Derecho Penal) es una triste necesidad para conseguir fines racionales [...]”; y por Bacigalupo⁶⁵⁸ quien sostiene que “en tanto la pena tiene la finalidad de estabilizar la vigencia de la norma vulnerada por el autor, adquiere una función social utilitaria, consistente en la comunicación de un determinado mensaje destinado a fortalecer la confianza en la vigencia de una norma infringida. Por ello, constituye un medio para lograr un fin socialmente positivo”; o por Gimbernat⁶⁵⁹, entre otros.

En conclusión, la prevención especial positiva es la que tiene por fin la reinserción social de delincuente y la negativa la neutralización del reo; la positiva

sitios es conducirse respecto de los mismos de un modo análogo a aquel como se obra bastante generalmente y sin protestas apenas de nadie, con los débiles, enfermos y necesitados de toda clase, tales como los locos, lo alcohólicos, [...]”; del mismo, *Bases para un nuevo Derecho Penal*, Analecta, Pamplona, 2003, p. 8.

⁶⁵⁷ LUZÓN PEÑA, E., *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1979, p. 22.

⁶⁵⁸ BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 18 y 22, afirma que “La pena será legítima, en la medida en que sea a la vez justa y útil”.

⁶⁵⁹ Propone renunciar a la culpabilidad como fundamento y como límite de la pena. La pena encontraría únicamente su justificación y su media en las exigencias de la prevención general y la especial, GIMBERNAT ORDEIG, E., “Tiene un futuro la dogmática jurídica penal”, *Estudios de Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1990. Además, asevera que la Constitución no impide, a pesar de su referencia expresa a la reeducación y reinserción social, que la pena cumpla también una función retributiva, pues lo que se ha hecho es recoger únicamente aquello que el constituyente consideraba una base doctrina de encuentro: que tiene un cometido de reeducación y reinserción social, del mismo, “El sistema de penas en el futura Código Penal”, *La reforma del Derecho Penal*, Bellaterra, Barcelona 1980, p. 182.

se orienta a que los ciudadanos respeten las normas, y la negativa consiste en la amenaza legal mediante la pena⁶⁶⁰.

Ahora bien, la prevención especial está en crisis debido a que, en la realidad, los conceptos de reeducación y resocialización no son entendidos conforme a la realidad penitenciaria, asimismo no se sabe cuál es el modelo adecuado para la reinserción de los reclusos. Se ha demostrado que la cárcel más que resocializar desocializa, y teniendo en cuenta los elevados índices de reincidencia de los reclusos hace que demuestre que los programas de reeducación y resocialización no sean efectivos, por tanto, se habla de *crisis de prevención especial*⁶⁶¹ o de *fracaso*⁶⁶² del tratamiento, y postulan un retorno a las ideas retributivas⁶⁶³. Teoría que ha sido superada, incluso así lo refleja la jurisprudencia del Tribunal Supremo en su Sentencia de la Sala 2ª de 20 de octubre de 1994, Fj. 5⁶⁶⁴.

⁶⁶⁰ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., pp. 274 y ss.

⁶⁶¹ Ver, PAVARINI, M., "La pena utili, la sua crisi e il disincanto: verso una pena senza scopo", *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, Dottrina e Recherche, 1983; BOTTKE, W., "La actual discusión sobre las finalidades de la pena", en SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Política criminal y nuevo Derecho penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin, Bosch, Barcelona, 1997; SCHÜNEMANN, B., "Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva", en SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Política criminal y nuevo Derecho penal*. cit., entre otros.

⁶⁶² Ver, BOIX REIG, J., "Significación jurídico-penal del artículo 25.2 de la Constitución", *Escritos Penales*, cit., p. 114; GARCÍA VALDÉS, C., *Teoría de la pena*, cit., p. 156; GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., "Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española (Proyecto de 1980 de Código Penal)", cit., p. 130 se refiere a la prevención especial como una ficción irracional y moralizante; BARATTA, A., "Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica", cit., p. 547.

⁶⁶³ BACIGALUPO, E., *Principios de derecho penal*, cit., p. 22.

⁶⁶⁴ "La alternativa de la prevención del delito, como razón legitimadora de la pena, se fue enseñoreando en las concepciones doctrinales y legislativas. Las modernas orientaciones sociales superponen a tales finalidades otras en las que se potencia la consideración individual del sujeto, acercando el Derecho Penal a la realidad humana: El delincuente no debe sujetarse a la justicia penal con fines de expiación o de coacción psicológica con efectos meramente preventivos, sino que reclaman otros fines de

Se ha indicado de la *resocialización*, pese a que se trata de un concepto indeterminado y ambiguo, que “no existe acuerdo acerca de lo que debe comprenderse por resocialización, ni lo que significan otros múltiples términos empleados, tanto a nivel legislativo como científico, tales como reeducación, reinserción social, readaptación social. Ésta última, se justifica en base a un sujeto que se encuentra privado de libertad porque ha cometido un delito, vulnerando la normativa jurídico-penal, al haber actuado en libertad es donde radica la razón de su culpabilidad y la posibilidad de su corrección y readaptación social⁶⁶⁵. En realidad, ello es producto de la ambigüedad de los conceptos, que permite que sean defendidos desde posiciones doctrinales divergentes y en muchas ocasiones antitéticas”⁶⁶⁶.

Señalan Bustos Ramírez y Hormazábal Malarèe⁶⁶⁷ que no resulta claro cuál debe ser el modelo de sociedad que deba tomarse como referente para efectuar la resocialización. Y desde una visión que entiendo acertada, Castro Moreno⁶⁶⁸ señala que “si la criminalidad es un elemento integrante de la propia sociedad, ésta carecerá de legitimidad para imponer penas por unos hechos que ella misma produce, por lo que se ha planteado, incluso, el que deba ser la sociedad la que deba someterse a resocialización”. Después de lo visto, quizás, el objetivo sería no resocializar sino que las sanciones penales y, especialmente, la pena privativa de libertad, no desocialice más a los sujetos que quedan sometidos a ella. De manera que, como se ha apuntado, los Centros penitenciarios son un “mecanismo excluyente por excelencia, a los que afluyen los grupos más excluidos y marginales de nuestra sociedad, lejos de reducir la

resocialización del individuo, exigentes de una integración racional de la pena y de la medida de seguridad. Todo cuanto contradiga y se enfrente [...] comportará una tacha desde el punto de vista constitucional, tornando vulnerable el acuerdo judicial a la luz de los derechos fundamentales”.

⁶⁶⁵ GARRIDO GUZMÁN, L., *Estudios penales y penitenciarios*, cit., pp. 37-38; BERGALLI, R., *¿Readaptación social mediante la Ejecución Penal?*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1976

⁶⁶⁶ SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, J.R., *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho penal*, cit., p. 115.

⁶⁶⁷ BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZABAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho penal*, t. I, cit., p. 51.

⁶⁶⁸ CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas*, cit., p. 96.

exclusión social, no hace sino colaborar activamente a consolidarla, intensificarla y reproducirla día tras día”⁶⁶⁹.

Desde esta perspectiva, cabe subrayar que la principal crítica es cómo se va a educar para la libertad en condiciones de privación de libertad, existiendo un amplio consenso en la jurisprudencia (STC 120/2000, de 10 de mayo y SSTS 2 de junio de 2000 y de 17 de mayo de 2000, por citar algunas sentencias ejemplificativas) al afirmar que la prisión no es el lugar más adecuado para alcanzar el fin de la pena privativa de libertad, la reinserción social⁶⁷⁰; ya que en esa pena privativa de libertad se producen discriminaciones, desigualdades e incluso es considerada como pena inhumana⁶⁷¹, finalizando con el problema de la prisionización o de la reincidencia. Mapelli⁶⁷² es quien describe los efectos de la prisionización indicando que “la sintomatología del aislamiento es fácil de reconocer. Quien la sufre tiene desde problemas sensoriales, como pérdida de visión (ceguera de prisión) debido a los problemas de iluminación y a la falta de horizonte y de perspectivas abiertas, agarrotamiento muscular, hasta los característicos problemas psicosociales como labilidad afectiva con cambios bruscos injustificados, autoafirmación agresiva o sumisión, estados de ansiedad, pérdida de vinculación con el exterior y del interés [...]”. Por su parte, Clemmer⁶⁷³ definió la prisionización como el proceso de adopción de los usos,

⁶⁶⁹ CABRERA CABRERA, P.J., “Cárcel y exclusión”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº. 35, 2002, pp. 83 y ss.

⁶⁷⁰ Otras sentencias representativas son, STC 120/2000, de 10 de mayo y SSTS 2 de junio de 2000 y de 17 de mayo de 2000, que vienen a indicar que “la reeducación y la reinserción social no constituyen los únicos fines lícitos de las penas privativas de libertad, sino que también persiguen una finalidad de prevención ya sea general o especial, y que la finalidad de reeducación y reinserción social de las penas privativas de libertad [...] no es un derecho subjetivo a favor de los condenados, sino que es un principio programático [...]”.

⁶⁷¹ BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho penal*, t. I, cit., pp. 167-168.

⁶⁷² MAPELLI CAFFARENA, B., “Contenido y límites del la privación de libertad (Sobre la constitucionalidad de las sanciones disciplinarias de aislamiento)”, en AA.VV., *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos*. Libro Homenaje al Prof. Dtor. D. Ángel Torío López, Comares, Granada, 2000, p. 628.

⁶⁷³ CLEMMER, D., *The Prison Community*, Rinehart & Winston, Nueva York, 1958.

costumbres, valores, normas y cultura general de la prisión, es decir, la asimilación o interiorización de la subcultura carcelaria, en suma, se asume el rol de recluso, desarrollando nuevas formas de comer, de dormir, de comunicarse, etc., se aceptan costumbres y valores de la comunidad de presos. De manera que, de un lado, Clemmer entiende que la prisionización se alcanza de forma lineal y progresiva con el tiempo de estancia en la prisión, mientras que Wheeler⁶⁷⁴ entiende que es más alta hacia la mitad del encarcelamiento y menor al inicio y al final del mismo.

En suma, Clemmer y Wheeler llegan a las siguientes conclusiones: la prisionización es un proceso que no puede ser descrito de forma constante, bien al contrario, podría representarse por medio de una línea en forma de U, de manera que los extremos corresponden al principio y fin del internamiento en la prisión, que son a su vez los momentos en los que aquel fenómeno se deja sentir más atenuadamente. Consideran que es imposible establecer con rigor una relación entre prisionización y reincidencia. Paralelamente a Clemmer, Goffman⁶⁷⁵ realizó una descripción de los efectos de la prisión vinculándolo a la institución total, es decir, a las instituciones cerradas en general aunque el estudio lo hace a partir de hospitales psiquiátricos. Asimismo manifiesta que todos los aspectos de la vida se desarrollan en el mismo lugar y bajo la misma autoridad; todas las actividades se desarrollan junto con otros; todas las actividades están estrictamente programadas, y todas las necesidades y los aspectos de la vida de los internos están sometidos a un plan predeterminado. Estas constataciones, en la actualidad, son mantenidas por algunos autores y rebatidas por otros, así Bergalli⁶⁷⁶ manifiesta que “el ingreso de un individuo en una institución penitenciaria se traduce en la deposición forzada de su propia determinación; en adelante, serán otras personas las que dispondrán de cada minuto de su vida. Los internos de tal tipo de establecimientos

⁶⁷⁴ WHEELER, S., “Socialization in correctional communities”, *American Sociological Review*, n.º. 26, 1961, pp. 679-712.

⁶⁷⁵ GOFFMAN, E., *Asylums. Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates*, trad. *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, Amorrortu, Buenos Aires, 1970, pp. 19-20.

⁶⁷⁶ BERGALLI, R., *La recaída en el delito: modos de reaccionar contra ella*, Sertesa, Barcelona, 1980, p. 276.

comienzan por sufrir un aislamiento psíquico y social de las personas de su relación; luego pierden la posibilidad de ejercer cualquier rol social. Finalmente todas las alternativas de satisfacer sus necesidades sociales, y materiales, como la movilidad psíquica y social, son reglamentadas y minimizadas”.

Aunque ello ya era reflejado por Foucault⁶⁷⁷ al indicar que “el aislamiento de los condenados garantiza que se pueda ejercer sobre ellos, con el máximo de intensidad, un poder que no será contrarrestado por ninguna otra influencia”.

El proceso de prisionalización no se ha logrado hacer depender exclusivamente del factor tiempo, es decir, no existe una relación matemática entre el tiempo de privación de libertad y el índice de prisionalización. También juegan los factores de las características personales del recluso (que a su vez depende de la edad, la orientación de su socialización hacia normas conformes o desviadas y del grado de estabilidad síquica y la capacidad de tolerancia de situaciones de tensión) y las del centro en donde ha permanecido recluso (mayor o menor apertura, su flexibilidad en la aplicación de las normas y su orientación hacia fines custodiales o resocializadores⁶⁷⁸).

De otro lado, Manzanos Bilbao⁶⁷⁹, asevera que se podrían distinguir hasta cinco etapas como consecuencia de la prisionización: a) *Ruptura con el mundo exterior*: que conlleva la separación física, con la consiguiente privación de estímulos físicos, visuales, auditivos, olfativos. *Desadaptación social y desidentificación personal*: mediante una compleja y variada sucesión de momentos y situaciones rituales de despojo y expoliación, la persona presa experimenta una verdadera «mutilación del yo», c) *Adaptación al medio carcelario*: como mecanismo de defensa para intentar salvar los restos del naufragio personal se produce una readaptación al nuevo contexto físico y relacional, que algunos han

⁶⁷⁷ FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, cit., p. 240.

⁶⁷⁸ HOHMEIER, K., “Haftdauer und Resozialisierung”, *MschrKrim*, n.º. 7, 1971, pp. 324 y ss., citado por MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., pp. 313-314.

⁶⁷⁹ MANZANOS BILBAO, C., *Contribución del sistema carcelario a la marginación socio-económica familiar*, cit., pp. 106-124, ver la cita de CABRERA CABRERA, P.J., “Cárcel y exclusión”, cit., pp. 87-88.

llamado proceso de prisionización *Desvinculación familiar*: a la dificultad para el contacto y el encuentro interpersonal que supone estar encarcelado suele añadirse la lejanía del lugar de internamiento, los traslados frecuentes, el aislamiento geográfico de las cárceles, que suelen construirse en lugares apartados y con malas comunicaciones, etc. e) *Desarraigo social*: la salida de la cárcel se ve envuelta en una pérdida de posibilidades de cara al empleo por efecto del estigma que implica la condición de ex presidiario, y también como consecuencia de la descalificación que acarrea el período de internamiento. Junto a ello suelen aparecer trastornos psicológicos de insomnio, sentimientos de ser perseguido, o una fuerte inseguridad.

Frente a las teorías negativas sobre la prisionización, se encuentra la de Caballero⁶⁸⁰ que recoge algunas manifestaciones positivas. De esta manera, nos encontramos con la asunción de la subcultura carcelaria mediante la prisionización que otorga al preso un nuevo marco de interpretación de la realidad, con valores distintos y bien definidos, de los que se deriva un sistema actitudinal y una nueva forma de comportamiento. Por su parte, Pérez y Redondo⁶⁸¹ argumentan el fenómeno citado indicando que “hay un aumento del grado de dependencia, debido al amplio control conductual, así como un desplazamiento del *locus* del control hacia el polo externo⁶⁸²; una devaluación de la propia imagen y disminución de la autoestima; el aumento de los niveles de dogmatismo y autoritarismo, que se traducirá en su mayor adhesión a los valores carcelarios; el aumento del nivel de ansiedad; y los efectos en la conducta posterior en términos de tendencia a la reincidencia”. Siendo Alarcón Bravo⁶⁸³ quien establece una serie de variables de la prisionización de los reclusos, como la oposición a la organización formal de la prisión. La estructura organizada de la prisión da lugar a una prisionización y, por tanto,

⁶⁸⁰ CABALLERO, J.J., “El mundo de los presos”, en JIMÉNEZ BURILLO, F. y CLEMENTE, M., *Psicología social y sistema penal*, Alianza Editorial, Madrid, 1986, pp. 269 y ss.

⁶⁸¹ PÉREZ, E. y REDONDO, S., “Efectos psicológicos de la estancia en prisión”, *Papeles del psicólogo*, nº. 48, 1991, pp. 54 y ss.

⁶⁸² Sobre este tema, ROTTER, Generalized expectancies for internal versus external control of reinforcement”, *Psychological Monograph*, nº. 80, 1966.

⁶⁸³ ALARCÓN BRAVO, J., *Tratamiento Penitenciario*, cit., p. 178, citando a Thomas Poole.

es contraria a la rehabilitación; actitudes negativas al sistema legal; e identificación con la etiqueta de criminal.

Y, en cuanto a la reincidencia, en el siglo XVIII, Lardizabal ya se había dado cuenta de su existencia, indicando que “la experiencia nos demuestra que la mayor parte de los que son condenados por presidios y arsenales, vuelven siempre con más vicios que fueron, y tal vez, si se les hubiera impuesto otra pena, hubiera ganado la sociedad otros tantos ciudadanos útiles y provechosos”. Habla de un necesario cambio en la legitimación racional de la pena⁶⁸⁴. En suma, la mayor parte de la doctrina entiende que el tratamiento penitenciario es una utopía, afirmando algunos, como Muñoz Conde, que “[...] mientras que no se solucione este problema, el tratamiento seguirá siendo una utopía o una bonita expresión que sólo sirve para ocultar la realidad de su inexistencia o la imposibilidad de su realización práctica”⁶⁸⁵.

Después de este paréntesis, buena prueba de la crisis indicada ha demostrado que parte de la doctrina, como Muñoz Conde y García Arán, entienda que no tiene cabida, solamente, la prevención especial de la pena, sino que, junto con otras finalidades, se puede conseguir un mayor acercamiento a la reinserción social⁶⁸⁶. No faltan las manifestaciones de quienes indican que, partiendo del artículo 1.1 de la CE en el que se subraya que el Estado español es social y democrático de Derecho, “el adjetivo de social hace que sobre los fines de la pena se haga una clara referencia a la finalidad preventivo especial”⁶⁸⁷, y el

⁶⁸⁴ LARDIZABAL Y URIBE, M., *Discurso sobre las penas*, Universidad de Cádiz, Cádiz, 2001, pp. 47 y ss. Por su parte Von Liszt habla de *subcultura carcelaria o código del recluso*, VON LISZT, F., *La idea del fin en el Derecho penal*, cit., p. 88.

⁶⁸⁵ Por todos, MUÑOZ CONDE, F., “La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito”, cit., p. 639.

⁶⁸⁶ En este sentido se ha dicho que “la pena es un fenómeno pluridimensional que cumple diferentes funciones en cada uno de los momentos en que aparece”, y de otro lado, “la pena se justifica por su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales [...] (sin la cual) la convivencia humana en la sociedad sería imposible. Su justificación no es por consiguiente, una cuestión religiosa ni filosófica, sino una *amarga necesidad*”, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 50 y pp. 47-48.

⁶⁸⁷ BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho penal*, t. I, cit., p. 30.

término *Derecho* puede recoger el reconocimiento de las garantías del principio de culpabilidad y las finalidades de la prevención general⁶⁸⁸, de modo que, “el imponer como único fin de la pena la prevención especial sería incompatible con la dignidad de la persona [...] de ahí que haya que entenderse que la norma del artículo 25.2 de la CE es un límite negativo, en el sentido de que el Estado no puede imponer penas privativas de libertad que supongan un obstáculo para su integración y participación en los procesos sociales”⁶⁸⁹. Pero reitero que mayoritariamente la doctrina entiende que el artículo 25.2 de la CE, en el que se expresa el fin de la pena, es, claramente, un fin de prevención especial positivo, a pesar de que el contenido primero de toda privación de libertad sea punitivo⁶⁹⁰. Por consiguiente, la pena se piensa como la prevención de futuras recaídas e, igualmente, como protección de bienes jurídicos⁶⁹¹.

No obstante, se ha mantenido que no existe ninguna referencia a que el artículo 25.2 de la CE se refiera exclusivamente a la prevención, sea general o especial, sino que la reeducación es el fundamento de la pena⁶⁹². En consecuencia, la idea de reeducación y reinserción social es inadmisibles ya que para ello es necesario un cambio previo en las estructuras por entrar en contradicción con la dignidad humana⁶⁹³.

⁶⁸⁸ MIR PUIG, S., “Fundamento constitucional de la pena y teoría del delito”, *Doctrina Penal*, 1979, p. 529.

⁶⁸⁹ BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho penal*, t. I, cit., p. 52.

⁶⁹⁰ BERGALLI, R., “Las funciones del sistema penal en el Estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídicas”, cit., p.55.

⁶⁹¹ MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, Bosch, Barcelona, 1982, p. 21.

⁶⁹² En este sentido, BOIX REIG, J., “Aspectos de la Criminología en España”, *Revista General de Derecho*, nº. 440-441, 1981, pp. 15 y ss.

⁶⁹³ En este sentido, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo”, *Anuario de Derecho penal*, 1979, pp. 645 y ss.; SOBREMONTÉ MARTÍNEZ, J.E., “La constitución y la reeducación y resocialización del delincuente”, *Cuadernos de política criminal*, nº. 12, 1980, pp. 93 y ss.; COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J., “Artículo 25. Derechos fundamentales del condenado. Reeducación y reinserción social”, en COBO DEL ROSAL, M. (dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M., (coord.), *Comentarios a la Legislación penal*, t. I, Edersa, Madrid, 1982, pp. 222-223, manifiestan que no hay que olvidar que el art. 25.2 se encuentra entre los

2.2.2. Diferentes concepciones doctrinales en torno al fin de la pena privativa de libertad

2.2.2.1. Resocialización, normalización o reintegración social

Al abordar el tema en cuestión, se vislumbra un problema fundamental, consistente en la multiplicidad de denominaciones, dificultando, por eso, el concepto exacto. Las discrepancias doctrinales en cuanto a la utilización del término a emplear, creen, de un lado, que los términos de *reeducción* y *reinserción social* son ambiguos e indeterminados, por ello, hay autores que han empleado términos como *resocialización*, por ejemplo Mapelli, García-Pablos o Álvarez García⁶⁹⁴, entre otros; *normalización*, caso de Giménez-Salinas Colomer⁶⁹⁵, éste

derechos fundamentales y las libertades públicas, y que se trata de que la ejecución de ciertas sanciones penales se cumplimente, en condiciones tales, que los penados puedan ejercer voluntariamente su derecho de reincorporación a la sociedad en condiciones satisfactorias. Es un derecho, por tanto, a que el Estado lleve a cabo las correspondientes prestaciones sociales, quiere decir, que debe conservarse la libertad de formación de su voluntad. Entienden que tal inciso “no afecta al fundamento ni a la estructura de la pena privativa de libertad, tan solo es una expresión constitucional [...] de derechos del condenado”.

⁶⁹⁴ Ver MAPELLI CAFFARENA, B, “Los fines de la ejecución de la pena privativa de libertad”, cit., p. 21; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “La supuesta función resocializadora del derecho penal: utopía, mito y eufemismo”, *Anuario de Derecho Penal*, t. XXXII, 1979, pp. 659 y ss.; del mismo, “La supuesta función resocializadora del derecho penal”, *Estudios Penales*, Barcelona, 1984, p. 93, nota 250; ÁLVEREZ GARCÍA, F.J., “La reeducación y reinserción social en el momento de la conminación”, cit., pp. 38-39, no está de acuerdo con la definición dada por Mapelli, así como tampoco con los términos *enmienda*, *regeneración moral*, entendiendo que se trata, al igual que Dolcini, de términos que encuadran el principio constitucional en una visión ética del Derecho penal “acercándose en este sentido a la ideología retribucionista, más que a las utilitaristas”; BERGALLI, R., “Ideología de la resocialización. La Resocialización como ideología. La situación en España”, *La qüestió penitenciària, Papers d’Estudis i Formació*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1987, pp. 51-66; del mismo, “Resocialización y medidas alternativas (Extravíos conceptuales, políticas sinuosas y confusiones piadosas en las prácticas penitenciarias de España y Catalunya)”, *Jornadas sobre Cumplimiento de la Pena-Associació Catalana de Juristes Demócrates*, Lleida, 1991.

término hace referencia a llevar una vida normal, lo que supone cumplir con obligaciones y derechos; o *reintegración social*, - supuesto de Beristain o Baratta⁶⁹⁶-.

Para Beristain Ipiña la ejecución de la pena privativa de libertad debe pretender principalmente la repersonalización y reintegración social, es decir, que el ex recluso lleve en el futuro una vida sin delitos. Y Baratta opina que la reintegración social dependerá del grado y forma del desarraigo social que se presentan en la vida del recluso. De otro lado, habla de la tesis de que la finalidad de una reintegración del condenado en la sociedad no debe ser abandonada, sino que debe ser *reinterpretada* y reconstruida sobre una base diferente, teniendo en cuenta los aspectos positivos y negativos. Mantiene que la reintegración social del condenado no puede perseguirse *a través* de la pena carcelaria, sino que debe perseguirse *a pesar de ella*, o sea, buscando hacer menos negativas las condiciones que la vida en la cárcel comporta en relación con esta finalidad. El término de *reintegración social* es el preferido por Baratta antes que el de resocialización y el de tratamiento, ya que éstos presuponen un papel pasivo del detenido y uno activo de las instituciones, creyendo que son residuos anacrónicos de la vieja criminología positivista que definía al condenado como un individuo anormal e inferior que debía ser (re)adaptado a la sociedad, al valorar a la sociedad como *buena* y al condenado como *malo*.

Piensa que el sujeto es manipulado y que el concepto de reintegración social requiere la apertura de un proceso de comunicación e interacción entre la cárcel y

⁶⁹⁵ GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, E., "Alternativas al sistema carcelario", *Cuadernos de Fundación Encuentro*, 1992, asevera que el término *normalización* depura al término *resocialización* de un componente ideológico, sin perjuicio de reconocer que la idea de tratamiento ha permitido "humanizar" las prisiones y en ese sentido que los reclusos reciban un tratamiento más digno; del mismo, "Penas privativas de libertad y alternativas", *La individualización y ejecución de las penas. Cuadernos de Derecho Judicial*, nº IX, Madrid, 1993.

⁶⁹⁶ BERISTAIN IPIÑA, A., "El sistema penitenciario: problemas y soluciones", *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 30, 1986, pp. 542-543; BARATTA, A., "Cárcel y Estado social. Por un concepto de <<reintegración social>> del condenado", en OLIVAS CABANILLAS, E., *Problemas de legitimación en el Estado social*, cit., p. 139; del mismo, "Resocialización o control social: por un concepto crítico de "reintegración social" del condenado", cit. P. 157.

la sociedad, en el que los ciudadanos reclusos en la cárcel se reconozcan en la sociedad externa y la sociedad externa se reconozca en la cárcel. Significa, antes que transformación de su mundo separado, transformación de la sociedad para que reasuma aquella parte de sus problemas y conflictos que se encuentran *segregados* en la cárcel, es decir, corregir las exclusiones de la sociedad que sufren los grupos sociales de los que proviene. Bergalli⁶⁹⁷, desde una perspectiva muy crítica nos habla de conceptos desfasados que provocan que se caiga en discursos autoalimentadores de prácticas penitenciarias negativas.

Para Baratta⁶⁹⁸, la oportunidad de resocialización es mínima siempre que no exista una apertura de la cárcel a la sociedad y de la sociedad a la cárcel, es decir, que simbólicamente los muros sean derribados, ya que no se puede segregar a personas y pretender al mismo tiempo reintegrarlas.

En otro sentido, Bergalli⁶⁹⁹ define la *resocialización* como la reelaboración de un estatus social que significa la posibilidad de retorno al ámbito de las relaciones sociales desempeñadas por quien, por un hecho cometido y sancionado según normas que han producido sus mismos pares sociales, habría visto interrumpida su vinculación con el estrato al cual pertenecía. También es ésta la opinión de Lardizabal⁷⁰⁰ al indicar que el fin de la pena es la corrección del delincuente para hacerle mejor, y que la enmienda del delincuente es un objeto tan importante que jamás debe perder de vista el legislador en el establecimiento de las penas, y de García Valdés⁷⁰¹ que, en sentido crítico y acertadamente, indica que la idea de tratamiento es consecuencia próxima, desarrollo y, a la vez, desenlace de la idea de corrección. Se pasa de eliminar a

⁶⁹⁷ BERGALLI, R., *Cárcel y Derechos Humanos*, RIVERA BEIRAS, I., (coord.), Bosch, Barcelona, 1992.

⁶⁹⁸ BARATTA, A., "Cárcel y Estado social. Por un concepto de <<reintegración social>> del condenado", cit., pp. 140-141.

⁶⁹⁹ BERGALLI, R., *¿Readaptación social por medio de la ejecución de penas?*, cit., p. 33; BERGALLI, R. y RIVERA BEIRAS, I., (coord.), *Cárcel y Derechos Humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*, Bosch, Barcelona, 1992; FERNÁNDEZ MORENO, A., *Corrección*, Bilbao, 1921, pp. 209-210, citado por GARCÍA VALDÉS, C., *La ideología correccional*, cit., p. 12.

⁷⁰⁰ LARDIZABAL, M., "Discurso sobre las penas", *Revista de Estudios Penitenciarios*, 1967, pp. 77-78, citado por GARCÍA VALDÉS, C., *La ideología correccional*, cit., p. 13.

⁷⁰¹ GARCÍA VALDÉS, C., *La ideología correccional*, cit., pp. 27-28 y 117.

retener y adaptar el comportamiento del recluso a la sociedad. En conclusión, no hay que olvidar que la resocialización no previene el delito, ha sido el que ha orientado los movimientos de reforma, buscando fórmulas más efectivas⁷⁰².

A mayor abundamiento, Rivera Beiras⁷⁰³ sustenta que “el concepto de resocialización es un eufemismo sobre todo para los presos preventivos en el sentido de que están amparados por el principio de presunción de inocencia; lo mismo se puede decir de los delitos ocasionales o delitos por motivos políticos en los que no se precisa de un proceso reinsertador o por simplemente negarse al tratamiento. El sistema utiliza la dinámica premio-castigo. [...] una auténtica resocialización, más que incidir en el comportamiento social desviado, para convertirlo en integrado, debería dirigirse a corregir las causas que generan la existencia de la marginación que nutre las cárceles, y este propósito está totalmente fuera del alcance de lo carcelario, de las intenciones del poder y de la lógica de las relaciones de dominación que regulan la vida social. Señala que el objetivo disciplinario del tratamiento penitenciario es organizar la vida en las prisiones de tal modo que los principios de seguridad, mantenimiento del orden y buen funcionamiento del establecimiento se conviertan en principio rector. [...] el tratamiento penitenciario se convierte en un medio, en un instrumento, en uno de los recursos tecnológicos fundamentales para garantizar la custodia y vigilancia en las prisiones”.

La clasificación de grados supone una recompensa y, los destinos, traslados, aislamiento en celdas de castigo suponen alargar el tiempo de condena y un plus de penosidad. Opina que existen tres espacios estructurales que configuran el tratamiento disciplinario: los lugares de aislamiento, los espacios de trabajo, actividades y rituales de vida en común (galerías, comedor, taller, etc.) y las actividades de “tratamiento penitenciario” (patio, escuela, sala de estar, etc.). Así como diversos profesionales pertenecientes al cuerpo técnico en relación con las actividades de tratamiento y asistencia, para hacer posible la reinserción social, manifiestan que se ven limitados por la preponderancia otorgada a las tareas administrativas, tareas derivadas de las

⁷⁰² DE SOLAS DUEÑAS, A. y OTROS., *Alternativas a la prisión: penas sustitutivas y sometimiento a prueba*, Instituto de Criminología de Barcelona, PPV, Barcelona, 1986, p. 7.

⁷⁰³ RIVERA BEIRAS, I., *Tratamiento penitenciario*, cit., pp. 124 y ss.

propias funciones custodiales y represivas que se recogen en la enumeración expuesta de sus funciones: dictámenes para las clasificaciones en grados; informes periciales para los beneficios penitenciarios; control de liberados condicionales y presos en régimen abierto; etc. Hay una prioridad para clasificar y aplicar determinados beneficios a los presos: la capacidad de adaptación al régimen interior de la prisión observada durante el tiempo que ha permanecido como preventivo o penado; la duración de la pena impuesta, y el tipo de delito; es decir, se trata de criterios estrictamente penales y penitenciarios, relegando a un segundo término los demás: familiares, laborales o sanitarios, que se tendrán en cuenta de forma subsidiaria en las revisiones de grado para la reclasificación junto con otros nuevos criterios, también prioritarios, como son el expediente disciplinario que recoge el comportamiento que ha tenido durante el tiempo de estancia, la presencia o ausencia de sanciones, etc. Por tanto, el tratamiento que se aplica a los presos está presidido por principios conductistas y retribucionistas que inculcan, por una parte, un claro concepto de la adaptación social fundamentado en valores insolidarios, autoritarios y domesticadores, necesarios para mantener el orden y la disciplina en el sistema carcelario; y, por otra, una actividad incisiva y penetrante durante el tiempo que dura la reclusión que provoca efectos desocializadores, y que contribuye a reproducir las condiciones psicológicas y sociales que incitan al delito”.

Los que utilizan el término de la *socialización*, lo definen como el proceso por el cual la persona aprende e interioriza, en el transcurso de su vida, los elementos socioculturales de su medio ambiente, los integra en la estructura de su personalidad, bajo la influencia de experiencias y de agentes sociales significativos, adaptándose así al entorno social en que ha de vivir⁷⁰⁴. Barbero Santos estima al respecto que “socializar no significa otra cosa que el sujeto lleve en el futuro una vida sin cometer delito, no que haga suyos los valores de una

⁷⁰⁴ ROCHER, G., *Introducción a la sociología general*, trad. de *Introduction à la sociologie générale*, Herder, Barcelona, 1990, p. 133; GARCÍA-BORÉS ESPÍ, J., “El impacto carcelario”, en BERGALLI, R., (coord.), *Sistema penal y problemas sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 412.

sociedad que puede repudiar”⁷⁰⁵. En consecuencia, socialización es el proceso por medio del cual la persona humana aprende e interioriza, en el transcurso de su vida, los elementos socio-culturales de su medio ambiente y los integra en la estructura de su personalidad, bajo la influencia de experiencias y de agentes significativos, con el fin de adaptarse al entorno social en el que va a vivir⁷⁰⁶.

Se defiende la tesis de que resocialización y socialización son dos conceptos diferentes. La resocialización ha de garantizar la libertad y la autonomía de la persona, de lo contrario se atenta contra los propios principios de todos Estado social, democrático y de Derecho. Lo que se pretende es reducir los conflictos sociales, lograr una participación del individuo, en este caso, del preso, de manera que estaría en una situación dependiente respecto de la sociedad⁷⁰⁷.

De otro lado, se habla de *readaptación social*, argumentándose que “[...] el objeto de la readaptación social puede traducirse como las esperanzas mínimas de la sociedad en que un condenado no vuelva a serlo otra vez más, o sea, el evitar futuras recaídas en el delito con lo que debe avenir la reubicación del individuo en la sociedad [...]”⁷⁰⁸.

No obstante, con independencia del término utilizado, tiene como finalidad una función correctora e, incluso, de mejora del delincuente⁷⁰⁹. Surge la idea de que la resocialización dejará de ser un mito cuando se consiga un consenso en torno a tres cuestiones básicas: qué objetivos concretos se pueden perseguir con relación a cada grupo o subgrupo de infractores, qué medios y técnicas de

⁷⁰⁵ BARRANCO AVILÉS, M. C., *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, cit., p. 80 y por FERNÁNDEZ GARCÍA, J., “El régimen disciplinario”, en AA.VV, *Manual de Derecho Penitenciario*, Colex, Madrid, 2001, p. 132.

⁷⁰⁶ MANZANOS BILBAO, C., *Cárcel y marginación social. Contribución e investigación aplicada a la Sociedad Vasca*, Gakoa Liburuak, Guipuzkoa, 1991, pp. 58-59.

⁷⁰⁷ MAPELLI, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 93, cita a LÜDERSSEN, K., *Kollektiven Zurechnung-individualisierende Haftung. Ein “Grundwiderspruch” der modernen Kriminalpolitik?*, Lüderssen, Sack, Hrsg., 1980, p. 737.

⁷⁰⁸ BERGALLI, R., *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?*, cit., p. 14. A lo largo de la obra demostrará que no es así.

⁷⁰⁹ ARANDA CARBONELL, M., *Reeducación y reinserción social. Tratamiento penitenciario. Análisis teórico y aproximación práctica*, cit., p. 18.

intervención se valoran en cada caso idóneos y eficaces y qué límites no debe superar jamás cualquier suerte de intervención⁷¹⁰.

El legislador ha preferido emplear en el texto normativo las expresiones *reinserción social* y *reeducción* en lugar de *resocialización* o *prevención especial*. No obstante, la expresión *resocialización* está teniendo una difícil entrada en los ordenamientos jurídicos de los diferentes países, que han optado, mayoritariamente, por el uso de términos más concretos y con más arraigo en la Ciencia Penal, sin embargo, no utilizar el concepto de *prevención especial* es debido a razones más profundas⁷¹¹.

2.2.2.2. *Reeducación y reinserción*

El de *reeducción* es el primer término que utiliza el artículo 25.2 de la CE. En sentido amplio, puede significar volver a educar, pese a que el sujeto, en cuestión, ya tiene una educación. Pero, en sentido estricto, se trata de una educación en valores y comportamientos adecuados a los que tenía en su estado anterior, frente a los actos que le ha llevado a la comisión de un hecho delictivo y, en consecuencia, a la prisión⁷¹².

Para un sector doctrinal -García-Pablos- el término *reeducción* es poco afortunado y un "lamentable despropósito", que pugna con los conocimientos actuales de la criminología, de la ciencia penitenciaria, de las ciencias de la conducta y de la propia política criminal⁷¹³. Manifiesta además que la función *reeducadora* merece algún reparo adicional, desde el prisma de su *legitimidad* en una sociedad plural y democrática a la luz de los postulados de un

⁷¹⁰ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 1120-1121.

⁷¹¹ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 140.

⁷¹² Al respecto, HAMPTON, J., "The Moral Education Theory of Punishment", *Philosophy and Public Affairs*, nº. 13, 1984, pp. 208-238.

⁷¹³ En este caso, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., "Funciones y fines de las instituciones penitenciarias", en COBO DEL ROSAL, M., (dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M., (coord.), *Comentarios a la Legislación penal*, t. VI, vol. I, Edersa, Madrid, 1986, pp. 28-29, citando a GARCÍA VALDÉS, C. y BERISTAIN IPIÑA, A., *Comentarios a la legislación penitenciaria*, Cívitas, Madrid, 1982, p. 30.

Estado social y de Derecho. Reeducar puede significar, en este sentido, *adoctrinar, domesticar, uniformar*, lo que excede la frontera de paternalismo anacrónico para convertirse en un atentado a los derechos del individuo, inadmisibles por más que se ejecute, paradójicamente, en nombre del propio bien del panado⁷¹⁴.

Desde otro prisma, *reeducar*, consiste en compensar las carencias del recluso frente al hombre libre ofreciéndole posibilidades para que tenga un acceso a la cultura y un desarrollo integral de su personalidad⁷¹⁵. El recluso puede iniciar por sí mismo su reeducación⁷¹⁶, máxime cuando a los poderes públicos le corresponde, atendiendo al artículo 9.2 de la CE, promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Asimismo, la doctrina, entre ellos Luzón Peña y García García, entiende que no es motivo para delinquir que el sujeto no comparta los valores sociales⁷¹⁷.

En segundo lugar, la Constitución utiliza el término *reinserción social*, lo que significa volver a insertar. Para algunos, como Bueno Arús, supone la "segunda socialización"⁷¹⁸, no obstante, este autor entiende que la reinserción no

⁷¹⁴ GARCÍA VALDÉS, C. y BERISTAIN IPIÑA, A., *Comentarios a la legislación penitenciaria*, Cívitas, Madrid, 1982, p. 32.

⁷¹⁵ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., pp. 150-151. En sentido similar, GARCÍA GARCÍA, J., "Tratamiento penitenciario", en CLEMENTE DÍAZ, M. y SANCHA MATA, V., *Psicología social y penitenciaria*, Escuela de Estudios Penitenciarios, Madrid, 1989, p. 83.

⁷¹⁶ COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J., "Derechos fundamentales del condenado. Reeducción y reinserción social", *Comentarios a la legislación Pena*, t. I, Edersa, Madrid, 1982, pp. 217 y ss.

⁷¹⁷ Entre otros, LUZÓN PEÑA, D.M., *Medición de la pena y sustitutivos penales*, cit., p. 54. En sentido similar pero no idéntico, García García señala que los reclusos son seguidores de unos valores que le aseguren un puesto privilegiado en el sistema, GARCÍA GARCÍA, J., "La reforma penitenciaria española: actualidad y futuro", *I Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, 1982, p.53.

⁷¹⁸ BUENO ARÚS, F., "La resocialización del delincuente adulto normal desde la perspectiva del derecho penitenciario", *Actualidad Penal*, nº. 5, 1987, pp. 233 y 235. En este

es el único fin, no siendo incompatible con la retribución o la protección social. Otros, como Aranda Carbonel⁷¹⁹, hablan de una adaptación a las normas y bienes jurídicos existentes en la comunidad, diferenciando entre resocialización moral o programas máximos que consisten en que el sujeto interiorice y haga suyas las normas sociales. Pero esta tesis no es aceptada por la mayoría de la doctrina al mantenerse que en nuestro Estado social y democrático de Derecho se respeta la dignidad y la personalidad. Por ejemplo, Mapelli⁷²⁰ define *reinsertar* como “volver a meter una cosa en otra. En este sentido, reinserción es un proceso de introducción del individuo en la sociedad, ya no se trata como en el caso de la reeducación de facilitarle ese aprendizaje para que sepa reaccionar debidamente en el momento en que se produzca la liberación”.

Se concluye, en consecuencia, que es una imposición constitucional. Supone, en síntesis, favorecer directamente el contacto recluso-comunidad. Y es en este sentido García-Pablos quien manifiesta que “el término reinserción social alude al oportuno reencuentro y encaje del individuo en la comunidad una vez cumplida la condena, lo que no presupone modificaciones cualitativas en la personalidad de aquél [...], sino ajustes funcionales y asistenciales por parte de los demás para hacer posible dicho retorno al hábitat convivencial del hombre, afirma que supone la necesidad de prestaciones positivas por parte de la comunidad a favor del ex penado”⁷²¹. Para este autor, la reinserción supone adaptar al penado nuevamente al orden social y el fin primordial de la pena no es la reinserción social del recluso, ya que la privación de libertad destruye y aniquila, separa al hombre de la comunidad, afecta negativamente los factores y mecanismos de socialización, los propios grupos primarios, aunque admite que sea un principio inspirador de las Instituciones penitenciarias⁷²².

sentido, se pronunció el ATC 15/1984, de 11 de enero; SSTC 19/1988, 16 febrero Fj. 9; 148/1994, de 12 de mayo; 48/1996, de 25 marzo; 119/1996, de 8 julio.

⁷¹⁹ ARANDA CARBONEL, M^aJ., *Reeducación y reinserción social*, cit., p. 24.

⁷²⁰ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 151; del mismo, “El Nuevo Reglamento Penitenciario: ¿una herramienta reinsertadota?, “Las ‘nuevas’ Políticas Penales: ¿un cambio hacia dónde?”, *Panóptico*, Tercer Número, 1997.

⁷²¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Funciones y fines de las instituciones penitenciarias”, cit., pp. 34 y 42.

⁷²² *Ibidem*, pp. 32 y ss.

Mapelli⁷²³, sin embargo, aunque señala que la reeducación se presta a ser entendida como «manipulación, dominio o imposición de valores», interpreta el término como «compensar las carencias del recluso frente al hombre libre ofreciéndole posibilidades para que tenga un acceso a la cultura y un desarrollo integral de su personalidad», mientras que la «reinserción» hace referencia a «favorecer directamente el contacto activo recluso-comunidad», incluso llega a afirmar que “la no utilización del término «resocialización» obedece a la falta de precedentes legislativos”. Mientras que para De la Cuesta Arzamendi, “hablar [...] de resocialización del delincuente sin cuestionar al mismo tiempo, al conjunto social al que se pretende incorporarlo, significa aceptar como perfecto el orden social vigente, sin cuestionar ninguna de sus estructuras, ni siquiera aquellas más directamente relacionadas con el delito cometido”⁷²⁴.

Ahora bien, al manifestar que “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social”, se refiere a la resocialización que hay que llevar a cabo en el ámbito penitenciario y no a la prevención especial. En este sentido crítico, se sitúa Mapelli⁷²⁵, quien entiende que se dan dos posibles interpretaciones, una, amplia, por la que la resocialización constituye un fundamento de la pena; la otra, restringida, por la que la resocialización es tan sólo un criterio ordenador de la ejecución penal⁷²⁶. Pese a ello, la doctrina ha interpretado los términos *reinserción* y *reeducación* como prevención especial, en esta dirección García-

⁷²³ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 150.

⁷²⁴ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “El trabajo penitenciario”, cit., p. 136, citando a Muñoz Conde.

⁷²⁵ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., pp. 150 y ss.

⁷²⁶ Se añade una tercera interpretación de la mano de Córdoba Roda quien entiende que la resocialización tiene implicaciones para el resto de las instancias penales, CÓRDOBA RODA, J., “La pena y sus fines en la Constitución española de 1978”, *Papers*, nº. 13, 1980, p. 132; en el mismo sentido, GARCÍA ARÁN, M., *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho Español*, Universitat, Barcelona, 1982.

Pablos⁷²⁷, tomando como base el artículo 1 de la LOGP, asevera que los términos reeducación y reinserción social han de interpretarse como resocialización, ya que es sinónimo de prevención especial siendo la meta de las instituciones penitenciarias la reeducación y la reinserción social, en el sentido de “preparar su vuelta a la vida libre en las mejores condiciones para ejercitar socialmente su libertad”. Así, Mapelli⁷²⁸ entiende que el citado precepto no contiene ningún aspecto preventivo, además de que, a veces, tiene exigencias contrapuestas.

Desde esta perspectiva, cabe subrayar que para un sector doctrinal, como es el caso de Bergalli, prevención especial es sinónimo de readaptación social⁷²⁹. Él es uno de los autores que opina que existe un vínculo evidente que liga la ejecución penal con la estructura socio-económica del país; mostrándose partidario del sistema funcional o de la teoría de la socialización, es decir, que el actuar delictivo está originado por los defectos de socialización, de las normas del sistema social, de manera que la resocialización debe ir encaminada a corregir dicha ausencia. Esta teoría es criticada por parte de la doctrina ya que no todo delincuente presenta defectos de socialización. De otro lado, defiende que “resocialización es la reelaboración de un status social que significa la posibilidad de retorno al ámbito de las relaciones sociales en que se desempeñaba quien por un hecho cometido y sancionado según normas que han producido sus mismos pares sociales, habría visto interrumpida su vinculación con el estrato al cual pertenecía”. En consecuencia, supone corresponder en el futuro a las esperanzas mínimas de la sociedad o sea a no ser más punible y con ello ser incluido otra vez en la sociedad.

A efectos de nuestro estudio nos interesa concretar cómo se consigue esa readaptación a través de la ejecución de las penas. Ejecución penal, la del artículo 1 de la LOGP, que en opinión de García-Pablos contempla tres fines, así la

⁷²⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1979, p.651.

⁷²⁸ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 180.

⁷²⁹ Es el caso de BERGALLI, R., *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?*, cit., pp. 19 y 22 y 33-43.

reeducción y reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad; los de retención y custodia de detenidos, presos y penados; y la labor asistencial y de ayuda a favor de presos y libertados⁷³⁰. Una cuestión que se plantea García-Pablos es la jerarquía o prelación de fines, en caso de hipotético conflicto, argumentando que del propio tenor literal del precepto parece que existe una inequívoca prelación o jerarquía de fines, la reeducación y reinserción social del sentenciado es fin primordial, y, por tanto, al mismo deben subordinarse, en el supuesto de una eventual colisión, los cometidos de retención y custodia, así como los asistenciales. Además, postula que aun reconociendo la primacía de la meta reeducadora como principio orientador de la ejecución penal según el mandato legal, una contemplación realista del mismo obliga a relativizar el problema. En primer lugar, porque la “retención” y “custodia” de “detenidos”, “presos” y “penados” no es, en sentido estricto, un “fin” de la ejecución penal, sin el presupuesto de la misma: un “objetivo mínimo”, pero indispensable, sin el cual devienen irrealizables todos los restantes⁷³¹. En segundo lugar, porque las finalidades no tienen idénticos destinatarios.

De otro lado, se encuentran aquellos, entre los que cabe citar a Álvarez García o Cattaneo, que analizan la cuestión en base a la distinción entre reeducación-reinserción, como resocialización o recuperación social, frente a la reeducación-enmienda⁷³², entendiendo que el sujeto debe adquirir la capacidad de vivir en la sociedad respetando la ley penal con los valores dominantes en una determinada colectividad pero solamente en su aspecto externo. Cattaneo identifica la prevención especial con la enmienda, entendiéndola como una de las formas de aquélla. Y en un sentido similar, se pronuncia Müller-Dietz al aseverar

⁷³⁰ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Funciones y fines de las Instituciones Penitenciarias”, cit., pp. 35-36.

⁷³¹ Situación que ha puesto en relieve un sector representativo de la doctrina penitenciaria alemana, SCHÜLLER-SPRINGORUM, H., *Strafvollzug im Übergang. Studien zum Stand der Vollzugsrechtslehre*, Göttingen, 1969, p. 213, cita de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Funciones y fines de las Instituciones Penitenciarias”, cit., p. 36, nota 18.

⁷³² ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., “La reeducación y reinserción social en el momento de la conminación”, cit., p. 41; CATTANEO, M.A., *Pena, diritto o dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Turin, 1990, p. 170. Ver la cita que hace MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 92.

que la resocialización pierde su sentido dentro del marco penal por tener una naturaleza y una proyección meta-penitenciaria, vinculando el fin de la integración social con el de la defensa del ordenamiento jurídico, es decir, que la misión de la pena es mostrar la inquebrantabilidad del ordenamiento jurídico y fortalecer y estabilizar la conciencia jurídica.

Frente a éstos, la doctrina constitucionalista, por ejemplo, Rubio Llorente o Urías Martínez, aboga porque se trata de un precepto orientador de la política penal y penitenciaria⁷³³. En opinión de Mapelli⁷³⁴ la resocialización penitenciaria es antes que nada inserción social y sólo cuando se hace materialmente imposible entra en juego la reeducación. Pero la terminología *reeducar* ha sido criticada por un sector doctrinal⁷³⁵ al entender que no todos los sujetos necesitan ser reeducados sino educados, así como otros sujetos no precisan la reeducación, por ejemplo, los *incorregibles* que es imposible reeducarles, además, se olvidan de que la meta de la pena privativa de libertad no es la corrección sino la reeducación⁷³⁶. En suma, como afirma Ríos Martín⁷³⁷, “no todos los que están en la cárcel son criminales intratables”.

⁷³³ Ver RUBIO LLORENTE, F., “La Constitución como fuente del derecho”, *La Forma del Poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993; URÍAS MARTÍNEZ, J., “El valor constitucional del mandato de resocialización”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº. 63, 2001.

⁷³⁴ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 151.

⁷³⁵ BAJO FERNÁNDEZ, M., “Tratamiento penitenciario y concepción de la pena”, *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez Vitoria*, t. I, Bosch, Barcelona, 1983, p. 39; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Funciones y fines de las Instituciones Penitenciarias”, cit., pp. 30-31; MANZANOS BILBAO, C., “Reproducción de lo carcelario: el caso de las ideologías resocializadoras”, cit., pp. 127 y ss.; MUÑOZ CONDE, F., “La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito”, *La Reforma Penal. Cuatro cuestiones fundamentales*, Universidad de Madrid, 1982, pp. 96-97.

⁷³⁶ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *El trabajo penitenciario resocializador*, cit., p. 135; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1979. Esta corriente confunde el Derecho y la Moral. En la actualidad la confusión está más que superada dando lugar a posiciones humanitarias y tratando una resocialización con “un mínimo de estabilidad y eficacia desde el neutralismo moral y axiológico”, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *La supuesta función resocializadora del*

En un sentido amplio, Mapelli⁷³⁸ cree que el término *reeducción* se presta a ser entendido como manipulación, dominio o imposición de valores, suponiendo compensar las carencias del recluso frente al hombre libre ofreciéndole posibilidades para que tenga un acceso a la cultura y un desarrollo integral de su personalidad. El objeto del proceso reeducador no es tanto la personalidad del individuo como el marco penitenciario que debe adaptarse de tal forma que el recluso pueda iniciar por sí mismo su reeducación. Mientras que el término *reinserción* hace referencia a favorecer directamente el contacto activo recluso-comunidad. De otro lado, cree que “exigir una política penitenciaria progresista es tanto como revitalizar y generar nuevas garantías en torno al condenado. Frente a técnicas de control difusas basadas en una pretendida resocialización, que han alcanzado unas cotas de manipulación de la personalidad imposibles de controlar por el Derecho y mucho más en una sociedad opaca como la carcelaria, se hace necesario recuperar el sentido autentico de la prisión como instrumento de castigo contra las conductas que se entienden socialmente insoportables. La pena no puede dar un giro copernicano transformando en bondad y solidaridad lo que no es más que una acción represiva del Estado y si denunciamos ese ropaje político e ideológico encontraremos sólidos argumentos para continuar en una línea reduccionista frente a las agresiones institucionales violentas contra las personas”.

Para otro sector, como es el caso de Ruíz Vadillo,⁷³⁹ la reeducación y reinserción social es predicable de todas las penas y de muchas otras medidas penales aunque no sean privativas de libertad, así la Constitución se refiere a la orientación, que es algo menos que un fin y, como la pena, se sitúa en el punto de

Derecho penal, cit., p. 664. MUÑOZ CONDE, F., “La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 7, 1979, p. 95, citado por DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *El trabajo penitenciario resocializador*, cit., p. 136.

⁷³⁷ RÍOS MARTÍN, J.C., *Vientos de libertad: experiencia compartida de lucha contra la cárcel y el sida*, Sal Terrae, Santander, 1994, p. 63.

⁷³⁸ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 150; del mismo, “Tendencias modernas en la Legislación penitenciaria”, en VV.AA., *Derecho Penitenciario y Democracia*, Fundación El Monte, Sevilla, 1993, pp. 31-32.

⁷³⁹ RUÍZ VADILLO, E., “La sociedad y el mundo penitenciario, (La protección de los derechos fundamentales en la cárcel)”, *Eguzkilore*, nº. 4, 1990, pp. 63-78, y nº. extraordinario 13, 1999, p. 209.

equilibrio entre una y otra prevención: la general y la especial, sin perjuicio de buscar sustituciones correctoras de la sanción inicialmente fijada (novación punitiva). No siempre la declaración de que esa orientación de reinserción está obtenida puede llevarnos a dejar sin efecto el cumplimiento de la pena. En el mismo sentido, se afirma que el Derecho Penal no solamente debe defender de los delincuentes a la mayoría, sino que ha de respetar la dignidad del delincuente e intentar ofrecerle alternativas a su comportamiento criminal⁷⁴⁰. Esto significa que es necesaria una participación por parte del delincuente además de ofrecerle o proporcionarle la asistencia necesaria. El Tribunal Constitucional es seguidor de esta doctrina cuando entiende, en la Sentencia 109/2000, de 5 de mayo, Fj. 3, que resocialización es el proceso a través del cual el recluso se prepara para la vida en libertad.

Ahora bien, interesa concretar, de otro lado, que la reinserción es la única finalidad constitucional por lo que no puede ser vaciada de contenido y relegada a un *desiderátum* programático⁷⁴¹. En esta línea, y desde la perspectiva penitenciaria, se dispone que se procurará, en la medida de lo posible, desarrollar en ellos una actitud de respeto a sí mismos y de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general⁷⁴². Como ya indicábamos, dicha finalidad se pretende conseguir en un medio de no libertad para que en libertad se respete unas normas. Es por ello que se ha suscitado por un sector doctrinal, Mapelli Caffarena, el problema del alcance y la interpretación del término *Instituciones Penitenciarias* como la destinataria de la función de reeducación y de reinserción social, considerándose que una acepción estricta del mismo incluiría tan sólo el entramado orgánico, estructural, con lamentable exclusión de la actividad y

⁷⁴⁰ MIR PUIG, S., *Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 40.

⁷⁴¹ DÍEZ PICAZO, L.M., *Sistema de derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 302; basándose en las SSTC 28/1988 y 204/1999, afirma que la reinserción no es un derecho fundamental. La reeducación y la reinserción no pueden ser invocadas por los internos en los casos concretos que les afecte. Ni siquiera (pese a que es la única enunciada) le concede el rango de finalidad principal.

⁷⁴² Art. 59 de la LOGP.

funcionamiento de tales Instituciones⁷⁴³. “La contraposición (órgano *versus* actividad del órgano) carece de sentido, pues si las “Instituciones” son el titular al que la Ley se refiere, lo decisivo es la “función” que ésta les encomienda; función que implica determinada actividad (“reeducadora”). Reeducadora ha de serlo, por tanto, la actividad que desplieguen las Instituciones penitenciarias (la ejecución penal)”⁷⁴⁴.

Ahora bien, en cuanto a si la reeducación y la reinserción suponen complementariedad o si una suple las carencias de la otra, hay quien opina, como Sobremonte Martínez, que el legislador constituyente pretendió con la reeducación dar un sentido de preparar al condenado para la fase de resocialización, interesando como procedimiento de educación de una persona que no está educada⁷⁴⁵. Frente a tal tesis, Mapelli Caffarena mantiene que, mientras que la reeducación aspira a que la prisión no interrumpa el proceso de desarrollo de la personalidad del recluso de acuerdo con los derechos fundamentales recogidos por la Constitución, el segundo atenúa la nocividad de la privación de libertad en la esfera de las relaciones materiales individuo-sociedad⁷⁴⁶. Y afinando un poco más la cuestión, García-Pablos⁷⁴⁷ rechaza considerar la reeducación como paso previo y obligado para conseguir dicha reinserción, ya que el concepto de *reinserción* alude al oportuno reencuentro y encaje del individuo en la comunidad una vez cumplida la condena, lo que no presupone modificaciones cualitativas en la persona de aquél (o, al menos, no tiene por qué presuponerlas), sino ajustes funcionales y asistencia por parte de los demás para hacer posible dicho retorno al hábitat convivencial del hombre.

⁷⁴³ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 178.

⁷⁴⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Funciones y fines de las Instituciones Penitenciarias”, cit., p. 35.

⁷⁴⁵ SOBREMONTÉ MARTÍNEZ, J.E., “La Constitución y la reeducación y resocialización del delincuente”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 12, 1980, p. 98.

⁷⁴⁶ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 152.

⁷⁴⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Funciones y fines de las Instituciones Penitenciarias”, cit., p. 34.

Considera este autor que la reinserción social evoca más la necesidad de determinadas prestaciones positivas por parte de la comunidad y a favor del ex penado que de cambios en la personalidad o alteración del código axiológico de éste. De modo, que sería rechazable cualquier otra lectura del artículo 1 de la LOGP, no incompatible con su tenor literal, en el sentido de equiparar el significado de ambos conceptos, el de reeducación y reinserción social, a través de la vía de reputar la reeducación como paso previo y obligado para la reinserción. Pues se olvidaría entonces que esta última exige una aproximación del individuo y la sociedad y unas prestaciones positivas por parte de ésta, si no quiere ser reducida a un mero “sometimiento” incondicionado del individuo al grupo.

A la luz de lo examinado hasta ahora, a título ilustrativo, García-Pablos asigna a los términos de *reeducación* y *reinserción social* la finalidad de poner a disposición del preso unos medios que actúan sobre las causas que han determinado la comisión del hecho delictivo, sin cambiarle de personalidad⁷⁴⁸.

De otra forma de pensar son los que mantienen, como Mapelli Caffarena, Manzanos Bilbao, García Arán y Córdoba Roda, entre otros, que el fin inmediato es evitar la desocialización⁷⁴⁹. Así Mapelli indica que “la conciencia

⁷⁴⁸ Por todos GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología*, cit., p. 451. De esta opinión son BAJO FERNÁNDEZ, “Tratamiento penitenciario y concepción de la pena”, *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez Vitoria*, t. I, Bosch, Barcelona, 1983; MIR PUIG, S., “¿Qué queda en pie de la resocialización?”, *Eguzkilore*, nº. 2, 1989; BUENO ARÚS, F., “La legitimidad jurídica de los métodos de la criminología aplicada al tratamiento penitenciario”, *Estudios penales y penitenciarios*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1981; FIGUEIREDO DIAS, J., de, “El problema penitenciario en los movimientos científicos internacionales”, *VIII Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, 1994.

⁷⁴⁹ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 101; MANZANOS BILBAO, C. “Reproducción de lo carcelario: el caso de las ideologías resocializadoras”, cit., p. 135; CÓRDOBA RODA, J., “La pena y sus fines en la constitución española de 1978”, cit., p. 132; MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., “La ejecución de la pena privativa de libertad y sus alternativas”, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 571. Todos parten de la premisa de que en los Centros penitenciarios no se dan las condiciones necesarias para la consecución del fin, de ahí que surjan las ideas de las medidas alternativas. Sobre este tema, entre

generalizada de que la pena privativa de libertad por su naturaleza constituye un obstáculo para cualquier tipo de recuperación legal del condenado, justifica que la resocialización aspire ante todo a atenuar en lo posible sus efectos negativos o lo que es lo mismo a su propia imposición". En sentido similar, Manzanos Bilbao recalca que "se trata de garantizar los derechos del recluso y buscar formas para atenuar los efectos desocializadores de la privación de libertad, como son el desarraigo, desvinculación social, cronificación de conductas delictivas". Considerando García Arán que "para evitar el nuevo delito es imprescindible que el condenado no termine el cumplimiento de la pena en peores condiciones de socialización que las que presentaba antes, por lo que la ejecución penitenciaria debe estar presidida por el criterio de la no desocialización del penado y conservación de las condiciones mínimamente favorables para su reincorporación a la vida en libertad".

Córdoba Roda, manifiesta que "el régimen de cumplimiento de las penas de privación de libertad en su aplicación real no cumple tanto una función de readaptar a la sociedad a quienes, previamente a la imposición de la pena, están necesitadas de tratamiento, cuanto la de intentar aminorar los perjudiciales efectos inherentes a la privación de libertad". Y García-Borés⁷⁵⁰ define el proceso de desocialización como la desaparición de pautas y valores que el sujeto había hecho propios anteriormente y que, consecuentemente, formaban parte de su conjunto de referentes. Proponiendo, Baratta⁷⁵¹ redefinir el concepto de *resocialización* y sustituirlo por el de *invulnerabilidad social*. Se plantea que hemos pasado del paradigma de la reinserción al de la retribución, y ello, en nuestro entorno, de la mano de otra significativa mutación: del Estado social al Estado mínimo; todo esto nos ha conducido, por causa que ahora sería prolijo desarrollar a otro modelo: el Estado Penitenciario⁷⁵².

otros, CID MOLINÉ, J., *¿Pena justa o pena útil? El debate contemporáneo en la doctrina penal española*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, pp. 236 y ss.

⁷⁵⁰ GARCÍA-BORÉS ESPÍ, J., "El impacto carcelario", en BERGALLI, R., (coord.), *Sistema penal y problemas sociales*, cit., p. 413.

⁷⁵¹ BARATTA, S., *Reintegrazione sociale. Ridefinizione del concetto*, 1994, pp. 143-150.

⁷⁵² WACQUANT, L., *Las cárceles de la miseria*, Alianza Editorial, Madrid, 2000, pp. 79 y ss.; del mismo, *El encarcelamiento en América*, Bosch, Barcelona, 2002.

2.2.2.3. Otras concepciones afines

Sinónimos son la *readaptación social*, *corrección*, *enmienda*, *reforma*, *moralización*, *adaptación*, *rehabilitación* y *educación*. Con ellos se alude a la acción constructiva o reconstructiva de los factores positivos de la personalidad del hombre preso y al posterior reintegro a la vida social⁷⁵³, comprendiendo la reeducación como resocialización o como recuperación social. No obstante, se critica cómo se ha implantado el término resocialización y como dicho término no tiene un contenido concreto⁷⁵⁴. A tal efecto, Quintano Ripollés habla de *rehabilitación* como complemento de los sistemas penitenciarios, dice que en el Derecho Penal moderno la rehabilitación ha perdido su carácter de favor gracioso, para convertirse, ya no en un derecho del ciudadano, sí, al menos, en un complemento lógico y humano de los sistemas penitenciarios progresivos⁷⁵⁵.

Se consideraba que la *rehabilitación* es un derecho subjetivo, argumentando que será comprendida como tal en el momento en que el condenado exija que se haga a su favor dicha declaración de rehabilitación, esta posición también fue mantenida por Cuello Calón al decir que es un derecho adquirido por el penado mediante su conducta irreprochable, o por Ferrer Sama cuando dice que se caracteriza por el hecho de fundamentarla en la existencia de un verdadero derecho a la misma adquirido por el condenado al demostrar su arrepentimiento y su adaptación a las condiciones de la vida social⁷⁵⁶.

Con independencia del término empleado, en definitiva, se trataría de separar para reparar, es el prefijo “re” el que define a cada caso para la finalidad y objetivo de las instituciones segregativas: reformar, resocializar, readaptar,

⁷⁵³ NEUMAN, E., “Aspectos penológicos”, cit., p. 24.

⁷⁵⁴ En este sentido, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “La supuesta función resocializadora del derecho penal”, cit., pp. 22 y ss.; MUÑOZ CONDE, F., “La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito”, cit., p. 64.

⁷⁵⁵ QUINTANO RIPOLLÉS, A., “Comentarios al código penal”, *Revista de Derecho privado*, vol. I, Madrid, p. 476; CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal*, t. I, 1936, p. 711; MANZINI, *Tratado*, t. V, p. 393; CAMARGO HERNÁNDEZ, C., *Alternativas a la prisión en el Código Penal de 1995*, XI Jornadas Penitenciarias Lucenses, Lugo, 1996, pp. 21-22, señala que “Se pretende significar que el penado no es un ser eliminado de la sociedad, sino una persona que forma parte de la misma sometido a un régimen jurídico particular”.

⁷⁵⁶ CAMARGO HERNÁNDEZ, C., *La rehabilitación: historia*, Barcelona, 1960, p. 25.

reintegrar, reeducar, rehabilitar, etc. Se trata de llevar a cabo un proceso de aislamiento del entorno social cuyos principales características son: desocializador, desintegrador, desidentificador, producidos como resultado de las nuevas relaciones sociales que se generan en el seno de éstos⁷⁵⁷.

3. ¿ES LA REINSERCIÓN SOCIAL UN DERECHO FUNDAMENTAL O UN FIN A CONSEGUIR?

Partiendo de la premisa de que estamos estudiando el artículo 25 de la CE, el cual se encuentra dentro de la Sección “De los Derechos Fundamentales y de las Libertades Públicas”, la pregunta que cabe plantearse es si la reeducación y la reinserción social son un derecho fundamental o tan sólo un fin principal de la pena privativa de libertad. La CE manifiesta que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social, mientras que la LOGP indica que tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas⁷⁵⁸. En este sentido, se trata de una auténtica norma jurídico-positiva dirigida a los poderes públicos para la consecución de la misma. Desde esta perspectiva, cabe subrayar que la generalidad de la doctrina esgrime que las metas resocializadoras se insertan en la propia concepción social del Estado⁷⁵⁹.

Adentrándonos en el estudio de las teorías doctrinales, un sector -Manzanos Bilbao⁷⁶⁰-, habla de funciones formales desempeñadas por la cárcel, estas

⁷⁵⁷ MANZANOS BILBAO, C., *Cárcel y marginación social. Contribución e investigación aplicada a la Sociedad Vasca*, cit., pp. 58-59 y 89. Afirma que “La reinserción se concibe así como la última fase de un proceso de recuperación social de tipo educativo o curativo consistente en la acción intensiva en un problema del sujeto”, citando a ROCHER, H., *Introducción a la sociología general*, Barcelona, pp. 53-54.

⁷⁵⁸ Art. 1 de la LOGP. La Exposición de Motivos también lo recoge como una finalidad fundamental de las penas y medidas de privación de libertad.

⁷⁵⁹ AA.VV., “Sociedad y delito”, *Papers. Revista de Sociología*, nº. 13, Barcelona, 1980.

⁷⁶⁰ MANZANOS BILBAO, C., “Funciones y objetivos de las prisiones. La cárcel contra el Estado de Derecho”, *Hika*, nº. 133, 2002. De otro lado, se habla de funciones y fines pero de la pena para el análisis de los objetivos que persiguen la pena dirigidos a

funciones formales o legislativas vienen definidas en la Constitución concretamente en el artículo 25.2, al igual que en el ordenamiento penitenciario como función resocializadora de las personas reclusas. Recordemos que la LOGP en su artículo 1 lo establece como función primordial, no obstante, junto a ella, establece otras funciones, como la finalidad de “retención y custodia de detenidos, presos y penados”, y el fin de “prestación de asistencia y ayuda para internos y liberados”. Consiguiéndose, todo ello, como hemos analizado, a través del tratamiento penitenciario como conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados (art. 59.1 de la LOGP). Si bien hay otro sector -caso de Cervelló Donderis⁷⁶¹- que habla de funciones y fines de la pena para el análisis de los objetivos que persigue dirigidos a evitar delitos futuros y los mecanismos utilizados para eso a través de la prevención general y la prevención especial.

Por otro lado, a modo de aclaración, existe una controversia doctrinal en cuanto que el artículo 25.2 de la CE habla de pena de prisión y no de pena privativa de libertad⁷⁶², trayendo ciertas confusiones, ya que el Código Penal no sólo habla de penas de prisión, al igual que el precepto constitucional tampoco hace mención a las medidas de seguridad. Asimismo, se debe subrayar que el precepto constitucional manifiesta que la reinserción y reeducación será para los que están cumpliendo condena dejando atrás a los presos preventivos y a los condenados que no están cumpliendo la pena. Y es que, como acertadamente

evitar delitos futuros y los mecanismos utilizados a través de la prevención general y la especial.

⁷⁶¹ CERVELLÓ DONDERIS, V., “El sentido actual del principio constitucional de reeducación y reinserción social”, *Presente y futuro de la Constitución española de 1978*, Universidad de Valencia, Valencia, 2005, pp. 217-233. En este sentido, la STC 55/1996, de 28 de marzo distingue entre un fin esencial y directo de protección al que responde la norma, otras funciones o fines inmediatos entendidos como prevención general y prevención especial; ÁLVAREZ GARCÍA, J., *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Comares, Granada, 2001.

⁷⁶² MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 153, lo califica de terminología simbólica o literaria. En realidad, la expresión *pena de prisión* pertenece al lenguaje ordinario, pero no es ajena tampoco al mundo del Derecho, aunque se aparte de la terminología sustantivo-penal.

afirma Lamarca Pérez⁷⁶³, dicha restricción no supone que tal derecho sea reconocido exclusivamente a una clase de reclusos, como tampoco se entiende que el ejercicio de los derechos fundamentales quede excluido para los penados.

La doctrina penal, aunque no la mayoritaria, sostiene que la reeducación y la reinserción son derechos que se incluyen dentro del catálogo de los derechos fundamentales y libertades públicas⁷⁶⁴. Dentro de esta posición, Segovia Bernabé⁷⁶⁵ piensa que, si existe un derecho subjetivo a la reinserción en fase de ejecución, también debe haber un deber prestacional por parte de la Administración penitenciaria para asegurar los medios previstos en el ordenamiento jurídico

⁷⁶³ LAMARCA PÉREZ, C., "Los Derechos de los presos", cit., p. 83.

⁷⁶⁴ Así, para COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J., "Derechos fundamentales del condenado", cit., p. 222, se trata de un derecho del condenado; de los mismos, *Derechos fundamentales del condenado*, cit., pp. 222-223; TAMARIT SUMALLA, J.M., GARCÍA ALBERO, R. y RODRÍGUEZ PUERTA, M., *Curso de Derecho penitenciario*, cit., p. 35, es una manifestación de una garantía individual y no de un derecho de la sociedad o del Estado, y que para quienes el contenido rehabilitador de la pena se entiende como una manifestación de una garantía individual y no de un derecho de la sociedad o del Estado, conllevaría una inculturación o imposición de un determinado sistema de valores; MORALES PRATS, F., en QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho Penal* cit., p. 103; COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DÍEZ, M., *Comentario al Artículo 25*, cit., p. 141, consideran que "no es más que la expresión constitucional, si bien muy imperfectamente formulada, de derechos del condenado que se proyectan sobre la dimensión ejecutiva de las penas (privativas de libertad) y de las medidas de seguridad, señalando unas orientaciones o tendencias"; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., "La supuesta función", cit., p. 93, cit. 250; MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 165, entendiendo que la resocialización impone al Estado la tarea de crear las condiciones necesarias para el logro de esta finalidad; GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la legislación penitenciaria*, cit., p. 195; BARRANCO AVILÉS, M.C., *La teoría jurídica de los Derechos fundamentales*, cit., pp. 81-82, entiende que el tratamiento se formula como un principio orientador de las penas del que únicamente se deriva una obligación general del Estado de promover condiciones favorables para la adaptación social del penado. En otro sentido, el ATC 151/1984, de 7 de marzo, señala que el art. 25.2 no contiene un derecho fundamental sino un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos. En el mismo sentido, la STC 28/1988, de 23 de febrero.

⁷⁶⁵ SEGOVIA BERNABÉ, J.L., *En torno a la reinserción social*, cit., p. 9.

para llenar de contenido la orientación reinsertadora de las penas privativas de libertad.

Ahora bien, tampoco faltan las tesis de aquellos que sostienen, como Cobo del Rosal y Quintanar Díez, que pese a que el artículo 25.2 de la CE es un derecho fundamental del penado, no puede ser confundido con el fundamento de las penas⁷⁶⁶. La doctrina mayoritaria opina que la declaración constitucional afecta sólo al ámbito de la ejecución de ciertas sanciones penales, de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad⁷⁶⁷. Siguiendo con esta tesis, la reeducación y la reinsertión social únicamente se pueden estimar como derechos fundamentales debido a su encuadre en la Constitución y no como fundamentación de la pena, de manera que, como derecho fundamental que es, el recluso puede ejercerlo o concebirlo de forma voluntaria⁷⁶⁸. Así como, de forma voluntaria, puede ejercer su derecho de reincorporación a la sociedad en condiciones satisfactorias, y a que se le presten los medios precisos para el desarrollo adecuado de su personalidad. Nuestro Estado es un Estado social y democrático de Derecho de manera que para algunos es un derecho generalizado a todos los miembros del Estado y exigible a los poderes públicos⁷⁶⁹. Es un derecho, y no un deber, al igual que el tratamiento penitenciario, pero es un derecho exclusivamente referido a los condenados a prisión que estuviesen cumpliendo la pena privativa de libertad, por lo que se

⁷⁶⁶ COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DÍEZ, M., "Artículo 25, garantía penal", cit. p.140.

⁷⁶⁷ COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J., "Derechos fundamentales del condenado", cit. p. 219, entienden que sería contradictorio asignarle cualquier otro contenido o encontrar en la reeducación o reinsertión social el fundamento o el principal fin de la pena, además sería contradictorio la propia existencia de personas sometidas a penas privativas de libertad ya adaptadas o de imposible adaptación; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., "La resocialización del delincuente ¿un mito?", *Problemas actuales de la Criminología*, Madrid, 1984, p. 215.

⁷⁶⁸ Es la opinión de COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DÍEZ, M., "Artículo 25, garantía penal", cit., p. 141.

⁷⁶⁹ Así lo entiende CASABÓ RUÍZ, J.R., "Comentarios al Código penal", en CÓRDOBA RODA, J., RODRÍGUEZ MOURULLO, G., CASABÓ RUÍZ, J.R. y DEL TORO, A., *Comentarios al Código penal*, Barcelona, 1972, citado por COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DÍEZ, M., "Artículo 25, garantía penal", cit., p. 141.

entiende que se excluye a los que estén cumpliendo una medida de seguridad o cualquier otra pena indicada por la legislación penal.

Por otro lado, Mapelli Caffarena⁷⁷⁰ reconoce que existe una relación entre la reeducación y la reinserción y los Principios Rectores de la Política Social y Económica pero, debido a que se encuentran en el Capítulo segundo de la Constitución, obedece a una intención expresa del constituyente otorgarle un plus, elevándolo a la categoría de derecho fundamental del recluso. Sustenta, además, que “si se niega a lo expresado en el artículo 25.2 de la CE la condición de derecho fundamental, lejos de ser un elemento de dinamización se convierte en una mera declaración de buena voluntad elevada a rango constitucional, se degrada de utopía jurídica a absurdo jurídico”⁷⁷¹. Con esta visión, esgrime la idea de que por su ubicación estamos ante un derecho fundamental, y considera que la resocialización representa un derecho que afecta a la tutela de la dignidad del recluso como persona, lo que le hace merecer el trato de derecho fundamental⁷⁷².

Podemos advertir, de este modo, que la doctrina penal minoritaria pretende que no pueda hablarse de un derecho fundamental a la reeducación y a la reinserción social. En razón de lo mismo, el argumento que defiende Álvarez García⁷⁷³ es que, objetivamente, el Estado no se halla en condiciones de asegurar semejantes finalidades con el único instrumento de la pena privativa de libertad, considerando que el marco constitucional español no posibilitaría la consecución, en la mayor parte de los supuestos, de esos fines reeducacionales o reinsertadores. Partiendo del término *orientación* postula que “no se puede hablar, por lo tanto, y a pesar de la ubicación del artículo 25.2 en el texto

⁷⁷⁰ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, cit., pp. 154 y ss.

⁷⁷¹ MAPELLI CAFFARENA, B., “El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional”, cit., p. 24.

⁷⁷² MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 165; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “La supuesta función resocializadora del Derecho Penal”, *Estudios Penales*, Barcelona, 1984, también es de esta opinión.

⁷⁷³ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Comares, Granada, 2001, p. 37.

constitucional español, de un derecho fundamental a la reeducación y a la reinserción social, y ello porque [...] ni el Estado se halla en condiciones, objetivamente, de asegurar semejantes finalidades con el único instrumento de la pena privativa de libertad, ni en el marco constitucional español, con el actual modelo de Estado [...]". Concretamente, la STC 120/2000, de 10 de mayo, considera que "el artículo 25.2 de la Constitución contiene un mandato dirigido al legislador y a la Administración penitenciaria para orientar la ejecución de las penas privativas de libertad [...] el mandato que establece opera como parámetro de ponderación el marco de un sistema del que son piezas claves instituciones como la condena o remisión condicional, las formas substitutivas de prisión, o por último, los distintos regímenes de cumplimiento de la pena de prisión"⁷⁷⁴. En sentido similar, Córdoba Roda⁷⁷⁵ piensa que la reeducación y reinserción sirven para dar entrada a un principio de humanización que proscribiera la imposición de sanciones inútiles, inspiradas en un simple fin de castigo, por la crueldad que supondría la aplicación de tal clase de males. En consecuencia, son perjudiciales para el condenado por la injusticia y crueldad que supondría la aplicación de tal clase de males, y por el deseo de adaptar así las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad a las exigencias actuales de las ciencias criminológica y penal. Afirma, además, que la norma constitucional guarda una cierta similitud con uno de los principios de la moderna defensa social, según el cual, "la pena privativa de libertad tiene por fin esencial la corrección y la readaptación social del condenado", como manifestación que consagra la sustitución de la "pena-castigo" por el "tratamiento de resocialización"⁷⁷⁶.

⁷⁷⁴ Reitera lo indicado la STC 19/1988, de 16 de febrero, Fj. 9.

⁷⁷⁵ CÓRDOBA RODA, J., "La pena y sus funciones en la constitución española de 1978", cit., p. 139; del mismo, "La pena y sus fines en la Constitución española de 1978", cit., p. 139; en el mismo sentido, SOLÁ DUEÑAS, A., "Desarrollo democrático y alternativas político-criminales", *Paper, Sociología*, nº. 13, 1980, pp. 215 y ss.

⁷⁷⁶ CÓRDOBA RODA, J., "La pena y sus fines en la Constitución española de 1978", cit., p. 131; BERISTAIN IPIÑA, A., *Futura Política Criminal en las Instituciones de Readaptación Social. Derechos humanos de los presos*, Secretaria de Gobernación de Méjico, 1999.

Actualmente ya no se mantiene la idea de rehabilitación como una gracia, salvo para aquellos, como es el caso de Camargo Hernández⁷⁷⁷, que defienden que la rehabilitación es una medida de indulgencia que pone de manifiesto y recompensa la buena conducta del condenado después de cumplida la pena.

En resumen, el tema en cuestión se fundamenta en la tesis de que se impone al Estado el crear los medios y las condiciones necesarias para lograr la finalidad indicada: resocialización y reinserción social, es decir, para la reincorporación a la sociedad y el libre desarrollo de la personalidad⁷⁷⁸ con la obligación que tienen los poderes públicos de prestar esos medios⁷⁷⁹.

4. LA REINSERCIÓN SOCIAL Y LA REEDUCACIÓN DE LOS RECLUSOS

4.1. CONSIDERACIONES GENERALES

Es necesario situarnos dentro del contexto punitivo para entender que, partiendo de la idea reinsertadora del delincuente en la sociedad, se lleva a cabo en un lugar arquitectónicamente separado de la sociedad. El punto de partida viene a contemplar una serie de dificultades que se sintetizan en el ambiente corrupto de las prisiones, el cual sería el mayor enemigo de la resocialización. De otro lado, la superpoblación carcelaria impide, material y económicamente, desarrollar tratamientos individualizados, y se percibe la destrucción psíquica, asimismo ocurre con los hábitos y roles de conducta

⁷⁷⁷ CAMARGO HERNÁNDEZ, C., *La rehabilitación: historia, doctrina, derecho extranjero y español, y un apéndice conteniendo las leyes, decretos y órdenes dictados sobre la materia*, Bosch, Barcelona, 1960, pp. 24-25.

⁷⁷⁸ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, cit., pp. 154, 157 y 165.

⁷⁷⁹ Así lo indican la STC 19/1988, de 16 de febrero, Fj. 9; SSTs, Sala 2ª, de 25 de marzo de 1993, Fj. 5; de 18 de mayo de 1995 y de 30 de diciembre de 1999, de la Sala 2ª, entre otras.

nociva en las penas de larga duración⁷⁸⁰. Es por ello por lo que se constata que, dado que el preso tiene que volver a la vida normal, cuanto más acorde sea la prisión o las actividades que lleve a cabo con la realidad de fuera de los muros, mejor preparado estará para la salida. Siendo Schoen⁷⁸¹ quien sustenta que el éxito del sistema penitenciario depende de tres variables: la gente que está a cargo de la supervisión, sus métodos y sus posibilidades.

En consecuencia, resocializar al margen de la sociedad es una contradicción insalvable⁷⁸², abandonándose la vieja idea de que internamiento es igual a tratamiento. En este sentido, C. Arenal⁷⁸³ afirmaría que la influencia del cautiverio en sí es mala. Con esta perspectiva, cabe subrayar que se resocializa para humanizar y dar sentido a la cárcel, no se debe entender el proceso de resocialización como un frío proceso mecánico dirigido a despersonalizar a un grupo de individuos convenientemente estigmatizados⁷⁸⁴. Desde este ángulo, la acción despersonalizadora de la prisión tiene como función la adaptación del preso al sistema penitenciario⁷⁸⁵.

⁷⁸⁰ LÓPEZ CABRERO, G., *Penas cortas de prisión*, cit., p. 269.

⁷⁸¹ SCHOEN, B., "Administrative supervision of prison administration", *Monitoring Prison Conditions in Europe*, París, 1997, p. 93, citado por GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑAS, F., *Sistema penitenciario*, cit., p. 69.

⁷⁸² GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑAS, F., *Cárcel electrónica*, cit., p. 17, afirma que se puede poner las primeras bases para el inicio de la resocialización pero, ésta sólo se conseguirá y comprobará fuera de los muros prisionales. De similar opinión son HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 319, argumentando que "en muchos casos la reeducación y reinserción social quedan o deben quedar necesariamente supeditadas a finalidades puramente de custodia o de seguridad".

⁷⁸³ ARENAL, C., *El visitador del preso*, Asociación de colaboradores con las presas, Madrid, 1991, p. 52.

⁷⁸⁴ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑAS, F., *Cárcel electrónica*, cit., p. 18. Citando a Giménez Salinas al indicar que el tratamiento no es una "máquina de cambiar individuos", GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E., "Penas privativas de libertad y alternativas. La individualización y ejecución de las penas", *Cuadernos de Derechos Judicial*, nº. IX, Madrid, 1993, p. 119.

⁷⁸⁵ RÍOS MARTÍN, J.C., *Manual de ejecución penitenciaria*, cit., p. 137.

La resocialización es el carácter prioritario de todo sistema penitenciario, Mapelli habla de *carta magna del recluso*⁷⁸⁶. Además, el que se proponga a la reeducación y reinserción social como orientaciones primordiales de las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad, no está exigiendo tan sólo que en prisión se organicen programas de tratamiento o resocializadores en sentido propio, sino que obliga también a entender la resocialización en un sentido penitenciario, como principio informador del régimen de vida en prisión (no sólo de las actividades de tratamiento) y especialmente dirigido a la Administración penitenciaria, que debe estructurar aquél de modo que no acentúe los efectos estigmatizantes y desocializadores propios de toda condena penal⁷⁸⁷.

Pero, esta finalidad resocializadora que se plasma en el precepto constitucional, para un sector de la doctrina, como es el caso de Téllez Aguilera⁷⁸⁸ es una devaluación consistente en la confusión entre los fines de la pena y los derechos que tiene el condenado.

4.2. CONCEPTO DE RESOCIALIZACIÓN

El concepto de *resocialización* no es ajeno a nuestro ordenamiento, lo que viene a significar que la reeducación y reinserción sociales a las que se refiere el artículo 25.2 de la CE se han interpretado, en numerosas ocasiones, como

⁷⁸⁶ MAPELLI CAFFARENA, B., "Sistema progresivo y tratamiento" en BUENO ARÚS, F., GARCÍA VALDÉS, C. y otros, *Lecciones de Derecho Penitenciario*, Europa Artes Gráficas, Salamanca, 1989, p. 169; del mismo, *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 99. En sentido muy parecido MUÑOZ CONDE, F., "La cárcel como problema: análisis y crítica de una realidad", *I Jornadas Penitenciarias andaluzas*, Sevilla, 1983, p. 104.

⁷⁸⁷ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., "Un deber (no obligación) y Derecho de los privados de libertad: el trabajo penitenciario", cit., p. 103, del mismo, *Lecciones de Derecho Penitenciario. Ponencias*, cit., pp. 102-103.

⁷⁸⁸ TÉLLEZ AGUILERA, A., *Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*, cit., pp. 36-37.

resocialización⁷⁸⁹. Ésta ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina, en especial por la europea, que hace referencia a que la reeducación es un término más significativo. En esta dirección, Mapelli⁷⁹⁰ entiende que “el legislador constitucional ha evitado el término resocialización porque no era su intención orientar la pena privativa de libertad a la prevención especial. Tradicionalmente se ha entendido que el concepto de prevención especial está integrado por tres elementos: intimidación, inocuización y resocialización”. Y reafirma que la resocialización tiene unas connotaciones preventivo-especiales de las que carecen los términos reeducación y reinserción social. En consecuencia, se considera que existe una crisis resocializadora ya que la pena privativa de libertad, en la actualidad, es considerada como pena⁷⁹¹. Con esta visión, la crisis afecta a la concepción de la prisión como instrumento de mejora o de reforma del recluso, reforma dirigida a impedir la desocialización que puede llevar aparejada la privación de libertad⁷⁹². Como pretende García Valdés⁷⁹³, “a nadie se le enseña a vivir en sociedad si se le aparta de ella”.

⁷⁸⁹ PEITEADO MARISCAL, P., *La ejecución jurisdiccional de condenas privativas*, cit., nota 86, p. 145.

⁷⁹⁰ En este sentido, MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, cit., pp. 140 y ss.

⁷⁹¹ Antes del siglo XVI era considerada como medida de custodia para una posterior condena.

⁷⁹² En este sentido se utiliza el término *prisonización* por Clemmer, que lo define como la necesaria y progresiva adaptación que se va produciendo en el preso a la vida en la cárcel que, constituye una auténtica subcultura en la que rigen determinados valores y conductas que predominan en una sociedad determinada, en la que se supone debe integrarse de nuevo el penado, tras haber cumplido la condena, CLEMMER, D., *The prison community*, 1966; GOFFMAN, E., *Internados*, Amorrortu, Buenos Aires, 1972; del mismo, *Asiles. Etudes sur la condition sociale des malades mentaux et autres reclus*, París, 1968, habla de aculturación o desculturación; BROCKWAY, Z.R., “The American reformatory prison system”, en MARQUART, J.R. y SORENSEN, J.R., (eds.), *Correctional contexts*, Los Angeles, Roxbury, 1997; BONAL, R., “La situación social del ex-recluso. Problemática de la reinserción”, *III Jornadas Penitenciarias andaluzas*, Junta de Andalucía, Sevilla, 1997; MORRIS, N., *El futuro de las prisiones*, México, 1978, p. 37 procesos de “socialización negativa”, incompatibles con el ideal resocializador; BERGALLI, R., *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?*, cit., p. 53; ANDENAES, J., “The

En la doctrina española, Mappelli es el autor más representativo de los que defienden la resocialización, así como, a mi juicio, ofrece las pautas más adecuadas sobre la resocialización en nuestro sistema jurídico, al propulsar que la constituye un índice corrector de la intensidad del castigo en manos de la Administración penitenciaria. Mapelli⁷⁹⁴ define la *resocialización* como principio fundamental de humanización de la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad en virtud del cual éstas deben adaptarse a las condiciones generales de la vida en sociedad (principio de atenuación) y contrarrestar las consecuencias dañinas de la privación de libertad (*principio de nil nocere*). Lo denomina “resocialización penitenciaria” para distinguirlo de la resocialización como elemento integrante de la prevención especial. A estos efectos, esgrime que la reeducación aspira a que la prisión no interrumpa el proceso de desarrollo de la personalidad del recluso de acuerdo con los derechos fundamentales recogidos por la Constitución, mientras que la reinserción social actúa a otro nivel, puesto que atenúa la nocividad de la privación de libertad en la esfera de las relaciones individuo-sociedad.

Desde esta perspectiva, cabe subrayar que la reinserción se justifica en el *principio nil nocere*, por cuanto lo que se trata de evitar es la exclusión del recluso de la sociedad⁷⁹⁵, de ahí que surja la importancia de las comunicaciones con familiares, relaciones con el exterior, etc. En suma, el objetivo de la resocialización como finalidad de las penas de cárcel no va a ser el tratamiento de la

Choice a Scandinavian Perspective”, en TONRY, M. y ZIMRING, F., (eds.), *Reform and Punishment*, The University of Chicago Press, Chicago, 1983.

⁷⁹³ GARCÍA VALDÉS, C., *La reforma de las cárceles*, Madrid, 1978, p. 17.

⁷⁹⁴ MAPPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., pp. 99 y 152.

⁷⁹⁵ En este sentido, FRANCE, A. y WILES, P., “Dangerous futures: social exclusion and youth work in late modernity”, *Crime & Social Exclusion*, Blackwell Publishers Ltd., Oxford, 1998; ROSTAING, C., “Les détenus: de la stigmatisation à la négociation d'autres identities”, *L'exclusion, l'état des saviors*, Découverte, París, 1996; RUIDÍAZ GARCÍA, C., “Una mirada a la vida en las prisiones: los reclusos y su mundo”, *Cuadernos de Política Criminal*, n.º. 54, 1994, pp. 1443-1457; TEZANOS, J.F., *La sociedad dividida: estructuras de clases y desigualdades en las sociedades tecnológicas*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2001; WACQUANT, L. y WILSON, W.J., “The cost of racial and class exclusion in the inner city”, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* n.º. 501, 1989, pp. 8-25.

personalidad del delincuente, sino garantizar y promocionar condiciones objetivas para la posterior reintegración social⁷⁹⁶.

Para otros, como es el caso de De la Cuesta Arzamendi, resocializar es igual a procurar el retorno del sujeto al grupo social o crear posibilidades de participación en los sistemas sociales, ofreciendo alternativas al comportamiento criminal⁷⁹⁷. A mayor abundamiento, Álvarez García⁷⁹⁸ entiende la concepción de la reeducación-reinserción como resocialización o recuperación social. Como hemos indicado con anterioridad, mantiene que el objetivo no es conseguir que el sujeto adquiera la capacidad de vivir en la sociedad con respeto hacia la ley penal condicionando al sujeto a los valores dominantes en una determinada colectividad. Pero ello supone la aceptación del llamado *programa mínimo* que se conforma con obtener el acatamiento externo de la norma con objeto de evitar la reincidencia y que no exigen por parte del penado su adhesión interna a determinadas escalas de valores. Es decir, se sigue afirmando el fundamental derecho del recluso a pensar de un modo distinto.

Para otro sector doctrinal, como es el caso de Sánchez Concheiro⁷⁹⁹, aunque no es la idea más extendida, la *resocialización*, tal y como se lleva a cabo en las prisiones, consiste en la educación para ser criminal y buen detenido porque la vida carcelaria favorece la formación de hábitos inspirados en el cinismo, el culto y el respeto a "la violencia ilegal".

Afinando un poco más la cuestión, supone una contradicción entre el binomio pena de prisión-resocialización. Es decir, el ingresar en prisión supone la aparición de unos efectos desocializadores y desestructurantes que dificultan la integración social. En este sentido, la doctrina ha formulado unas objeciones con respecto al concepto de resocialización entendiéndolo que se encuentra en crisis.

⁷⁹⁶ MANZANOS BILBAO, C., "Reproducción de lo carcelario: el caso de las ideologías resocializadoras", cit., p. 138.

⁷⁹⁷ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., "El trabajo penitenciario", cit., p. 152.

⁷⁹⁸ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., "La reeducación y inserción social en el momento de la conminación", cit., p. 41

⁷⁹⁹ Es el caso de SÁNCHEZ CONCHEIRO, M^a T., *Para acabar con la prisión*, Icaria, Barcelona, 2006, cit., p. 109.

Argumentan⁸⁰⁰: a) el carácter coactivo de la resocialización a través de un tratamiento penitenciario al que no puede oponerse el interno y que, por este motivo, podría atentar contra determinados principios constitucionales⁸⁰¹; b) la fundamentación de la resocialización en una visión reduccionista e, incluso, clasista de la criminalidad que impediría la imposición de la pena privativa de libertad a los reos de determinados delitos, como los denominados delincuentes ocasionales, pasionales, económicos o los de convicción, que no quieren la reeducación y que precisan una integración social⁸⁰²; c) desde el punto de vista práctico, se han objetado también las escasas expectativas de éxito que tiene el desarrollo de un tratamiento que ha de llevarse a cabo en una institución penitenciaria, porque la naturaleza de la prisión como “institución total” acaba imponiendo su propia lógica, según la cual el individuo tiene que adaptarse a un medio diferente al del mundo exterior, hecho que a menudo supone una auténtica desocialización respecto del medio al que después tendrá que volver.

Frente a esta posición, se encuentra la teoría de Segovia Bernabé⁸⁰³ al estimar que la *reinserción social* es como un horizonte último del sistema penal y, singularmente, como orientación del sistema punitivo y penitenciario. Se admite que la resocialización es la reelaboración de un estatus social que significa la posibilidad de retorno al ámbito de las relaciones sociales en que se desempeñaba quien por un hecho cometido y sancionado según las normas que han producido

⁸⁰⁰ Sigo la sistematización adoptada por TAMARIT SUMALLA, J.M., GARCÍA ALBERO, R., SAPENA GRAU, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M., *Curso de Derecho Penitenciario*, cit., pp. 33 y ss. También citada por CARCEDO GONZÁLEZ, R.J. y REVIRIEGO PICÓN, F., (eds.), *Reinserción, derechos y tratamiento en los Centros penitenciarios*, Amarú, Salamanca, 2007, p. 84.

⁸⁰¹ MORALES PRATS, F, en QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Comares, Granada, 2000, cit., p. 103.

⁸⁰² STS de 28 de diciembre de 1998, Sala 2ª, Fj. 2.

⁸⁰³ SEGOVIA BERNABÉ, J.L., “En torno a la reinserción social y a otras cuestiones penales y penitenciarias”, *Anuario de la Escuela de Práctica Jurídica de la UNED*, nº. 1, 2006, p. 1, citado por CARCEDO GONZALEZ, R.J. y REVIRIEGO PICON, F., (eds.), *Reinserción, derechos y tratamiento en los Centros penitenciarios*, cit., p. 85.

sus mismos pares sociales, habría visto interrumpida su vinculación con el estrato al cual pertenecía⁸⁰⁴.

4.3. LOS PROGRAMAS RESOCIALIZADORES

Programas resocializadores máximos. Se trata de un grupo de teorías que entienden la resocialización como reforma, en el sentido de transformación interna del condenado. Las teorías son la correccionalista originada por Krause y Röder, y es desenvuelta en España por Dorado Montero o Montesinos. Críticamente, apunta Bettiol⁸⁰⁵ que, en cuanto a la concepción de la resocialización, “la idea retributiva comporta la idea reeducativa”. De tesis similar son los correccionalistas⁸⁰⁶ al señalar que, con la ejecución de la pena, caben más posibilidades de que el sujeto reflexionase sobre su conducta delictiva, estimando que el término resocialización es poco adecuado para abarcar todo el proceso de rehabilitación al que era sometido el delincuente ya que el problema estribaba en la propia estructura personal y no en el sistema social, de tal

⁸⁰⁴ BERGALLI, R., *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?*, cit., p. 33 citando a SCHELLHOSS, H., “Kleines kriminologisches Wörterbuch”, Freiburg i. Br. 1974. Voz “Resozialisation”, pp. 268 y ss. Este autor estima que “el término resocialización no es adecuado porque hace referencia a un único grupo social, a un modelo de sociedad predeterminado. Considera que la resocialización está determinada, junto a la recaída en el delito, por la pertenencia a ciertos estratos sociales [...] “Resocialización” junto a la ausencia de delitos depende de comportamientos distintos, específicos de las clases bajas. Reincorporación a la sociedad sería entonces una “adaptación” tendenciosa a las esperanzas sociales de la clase media [...]”. (pp. 45-46). Difiero de su opinión.

⁸⁰⁵ BETTIOL, G., “Colpa d’autore e certezza del diritto”, *Revista Italiana di proc. Penale*, 1977, p. 419, citado por MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 8.

⁸⁰⁶ En la Escuela correccionalista española destaca GINER DE LOS RÍOS, F., *Estudios jurídicos y políticos*, J. Casano, Madrid, 1921; ARENAL, C., *Estudios penitenciarios*, V. Suárez, Madrid, 1895; SILVELA, L., *El Derecho penal en principios y en la legislación vigente en España*, Madrid, 1903; DORADO MONTERO, P., *El Derecho protector de los criminales*, Madrid, 1915, asumiendo las ideas de la prevención especial sin considerar la corrección como el fin exclusivo de la sanción penal.

manera que lo que se pretendía era el sometimiento a una metamorfosis total⁸⁰⁷. Y, de otro lado, históricamente, como refiere, hay una serie de teorías individualistas que parten del delincuente como único y principal objeto del tratamiento. Estas teorías se fundamentan en la expiación, mejora, pedagogía criminal y la nueva defensa social⁸⁰⁸.

Ambas corrientes tienen en común la expiación de la pena. Para los retribucionistas, la expiación es inherente a aquélla debido a que ha sido justamente determinada y aplicada y, con ello, se agotan sus pretensiones reeducativas, y para los correccionalistas la expiación no tiene que acompañar necesariamente a la ejecución penal y, en los supuestos en que no ocurra, el Estado estará asistido del derecho de reeducar la personalidad del delincuente por otros medios⁸⁰⁹. Sus teorías se apoyan en que hay que hacerle ver al delincuente que tiene que asumir la pena impuesta por el delito cometido, y en la mejora, esta última característica es propia del concepto de resocialización; la resocialización, comprendida en esta dirección, aparece ajena completamente al sistema penal y no puede esgrimirse ni como fundamento ni como fin de la pena⁸¹⁰. El objetivo de nuestro sistema es corregir no vengarse, de este modo lo señala Dorado Montero⁸¹¹. Su mayor aspiración es la conversión de los Centros penitenciarios en hospitales para enfermos de almas, siendo interesante la cita que se refiere a que “perfeccionar al hombre es hacerlo más sociable: todo lo que tienda a destruir o entorpecer su sociabilidad impide su mejoramiento, por esto las penas, lejos de atacar deben de favorecer este principio fomentando su acrecentamiento. El objeto de los castigos no es la

⁸⁰⁷ Opinión de MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 7.

⁸⁰⁸ De semejante opinión es Ruíz Vadillo al defender que la pena cumpla un fin de intimidación general, de defensa social y que prevalezca la finalidad de reinserción y rehabilitación social del individuo en particular, RUÍZ VADILLO, E., “Algunas consideraciones sobre la reforma de las penas privativa de libertad”: *El sistema penitenciario, Estudios Penales y Criminológicos*, nº. 2, 1977-1978, p-174.

⁸⁰⁹ PREISSER, W., “Das Recht zu strafen”, *Festschrift Für Mezger*, 1954; DORADO MONTERO, P., *Bases para un nuevo derecho penal*, Analecta, Madrid, 2003.

⁸¹⁰ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 10.

⁸¹¹ DORADO MONTERO, P., *Bases para un nuevo derecho penal*, cit., p. 127.

expiación del crimen sino la enmienda y aviso a los criminales, porque el oficio de justicia no es vengar sino corregir”.

En lo que nos remite a la *mejora*, término propio de la concepción ética del concepto de resocialización, lo que se trata de establecer es que, a través de la pena, se estimule al delincuente a que acepte un código moral de la sociedad. Dicho término de mejora, puede referirse a una ética religiosa o social, pero en cualquier caso presupone la pena entendida como bien o como derecho que la comunidad otorga al delincuente⁸¹². Hace referencia a un proceso individualizado a través del cual cada delincuente se corrige. Frente a la expiación y la mejora, Mapelli⁸¹³ habla de la “resocialización pasiva”, es aquella doctrina que entiende que la resocialización del delincuente, en determinados casos, se convierte en la neutralización o eliminación total o parcial del individuo. Esta concepción no es defendible en esta investigación.

En las teorías de las expectativas, el proceso de socialización es un proceso continuado que tiene su origen en el nacimiento de la persona y finaliza con su muerte. Por tanto, es un proceso sin interrupción, lo que no impide que se divida en dos fases denominadas: socialización primaria y secundaria⁸¹⁴. Debido al carácter ininterrumpido, Schüler-Springorum⁸¹⁵ considera que no es consecuente la partícula “re” que precede al término resocialización, ya que ésta da a entender que el individuo o bien reinicia su socialización después de estar interrumpida o bien se ha encontrado en algún momento plenamente socializado. Siguiendo esta línea, Mir Puig⁸¹⁶ asevera que la pena desde la perspectiva de un Estado social y democrático de Derecho no sólo debe defender

⁸¹² MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 12, y la nota a pie nº. 21 como aclaración de que tanto expiación como mejora no tienen por qué ser términos contrapuestos.

⁸¹³ *Ibidem*, p. 15, cita a Göbbels, manifiesta que hay que reducir por completo la posibilidad de que el asocial con su actitud individual influya de palabra o de hecho sobre la totalidad.

⁸¹⁴ *Ibidem*, p. 66 cita a GOTTSCHALCH, W., NEUMANN-SCHÖNWETTER, M. y SOUKUP, G., *Sozialisationsforschung. Materialien, Probleme, Kritik*, Frankfurt/M., 1974.

⁸¹⁵ *Ibidem*, pp. 66-67 citando a SCHÜLER-SPRINGORUM, H., *Strafvollzug im Übergang. Studien zum Stand der Vollzugsrechtslehre*, Göttingen, 1969, p. 158.

⁸¹⁶ MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, Bosch, Barcelona, 1982, p. 23.

de los delincuentes a la mayoría, sino que ha de respetar la dignidad del delincuente e intentar ofrecerle alternativas a su comportamiento criminal, la resocialización sólo puede ser comprendida como participación del sujeto y no como imposición de un determinado sistema de valores. De otro lado, es de la opinión de que concebir de esa manera la resocialización hace que exista una contradicción con la realidad penitenciaria ya que ésta impone una forma de vivir en la prisión a la que se tiene que adaptar el preso para poder sobrevivir.

Por otro lado, se entiende la *resocialización* como una terapia social, sistema que ha sido criticado ya que el utilizar métodos terapéuticos supone realizar cambios en la estructura del sistema penitenciario, además de no ser aceptado dentro de la criminología ya que no admiten modelos de conducta, lo que siempre haría necesario que el sujeto en cuestión realizase terapias sociales constantemente, realizar cambios de lo asocial hacia lo social. Pese a ser criticada, no es totalmente rechazada, siguiendo a Kaiser⁸¹⁷, la resocialización constituye una estrategia político-criminal. Un sistema de ejecución de penas que no ofreciese al condenado unas alternativas de resocialización por medio del tratamiento constituiría un sistema anacrónico e inadecuado para una sociedad establecida sobre unos principios democráticos. Así pues, Mapelli⁸¹⁸ afirma que la resocialización no es un tratamiento terapéutico dirigido a la integración social del condenado sino una tendencia humanizadora de la pena cuya importancia aumentará de acuerdo con la intensidad con que disminuya las exigencias de prevención general.

No es objeto del presente trabajo plantear si la terapia en el tratamiento penitenciario es válida o no, lo que pretendo señalar es que la terapia no puede constituir el objeto ni el medio para llevar a cabo los programas de resocialización en el sistema penitenciario.

⁸¹⁷ KAISER, G., "Resozialisierung und Zeitgeist", *Kultur-Kriminalität-Strafrecht*, Festschrift für Th. Würtenberger zum 70 Geburtstag, Berlín, 1977, p. 359, citado por MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p.76.

⁸¹⁸ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 77.

Por último, cabe ser citada la Nueva Defensa Social⁸¹⁹ desarrollada por Lambroso, Marc Ancel, Grammatica o Pinatel, y la Pedagogía Criminal, desenvuelta por Hellmer, entre otros. Dichas teorías parten de la premisa de que en el delincuente hay un déficit de socialización que se puede corregir mediante la pena⁸²⁰. En opinión de Peiteado Mariscal⁸²¹ “desde la óptica del modelo de Estado social y democrático de Derecho, es problemático que el paradigma de identificación para *corregir* al delincuente sea una sociedad que es injusta y que, con sus estructuras injustas, contribuye a generar parte de la criminalidad que posteriormente reprime y pretende eliminar”. Es decir, que puede suponer la imposición de unos valores a través de la pena, suponiendo, por tanto, la vulneración de derechos fundamentales individuales. Se preocupa por abarcar todos los ámbitos relacionados con la reinserción y el tratamiento, además entienden que el Derecho Penal no sólo tiene una función negativa de castigar.

Mapelli⁸²² indica que la pedagogía criminal debe valorarse como un medio para alcanzar la resocialización más que como una forma de interpretar ésta. Dicha corriente parte de la idea educacional como medio para resocializar, así como los partidarios consideran, además, que la resocialización es como un proceso total que afecta a la personalidad en su conjunto, y también les es común la idea del delincuente como un sujeto que sufre un déficit o una alteración en el proceso normal de educación. Es la doctrina positivista la que

⁸¹⁹ Sobre este tema, BERISTAIN IPIÑA, A., *Cuestiones penales y criminológicas*, Reus, Madrid, 1979; JORGE BARREIRO, A., “Consideraciones en torno a la nueva defensa social y su relevancia en la doctrina y la reforma penal alemana”, *Ensayos penales*, 1974; MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., pp. 25 y ss.

⁸²⁰ Hay autores que utilizan el término *domesticar* o *domar*, GONZÁLEZ NAVARRO, F., “Poder domesticador del Estado y derechos del recluso”, *Libro Homenaje a Eduardo García de Enterría*, Cívitas, Madrid, 1991, p. 1109.

⁸²¹ PEITEADO MARISCAL, P., *La ejecución jurisdiccional de condenas privativas*, cit., p. 148.

⁸²² MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 16. La pedagogía criminal en Alemania se encuentra enfrentada, de un lado la concepción clásica es defendida por Peters y Hellmer y de otro lado, con una concepción más cercana a la sociología está Nass o Blau. *Ibidem*, pp. 16-17 y notas de pp. 31-33.

estima que la resocialización tiene como fundamento el “consenso, el determinismo y el cientificismo”. De manera que, al considerar al delincuente como un sujeto que padece carencias, no utilizan sobre él el término “resocialización” por creer que el delincuente no se reduce a un desajuste con el sistema social sino que es algo originado por su propia estructura personal, hablan de mejora, rehabilitación, corrección, higiene o profilaxis⁸²³.

Programas resocializadores mínimos. Estos programas son seguidos por Baumann, Eser o Haffke. De todos ellos cabe destacar la teoría de Eser⁸²⁴, quien es de la opinión de que difícilmente podrá conseguirse el fin resocializador cuando se satisface por medio de un proceso fundado exclusivamente en la adaptación represiva. Tras la denominación de Pedagogía de la autodeterminación se entiende que el concepto de resocialización se fundamenta en la consideración negativa de la resocialización, es decir, entendida exclusivamente como el ¡tú no debes!, referida a la normativa penal es insuficiente por sí sola para ofrecer una estabilización en la conducta del sujeto. Esta teoría surge frente a la posición de la doctrina de la resocialización legal y la resocialización encaminada a conseguir una moral para el recluso conforme a las normas legales existentes. Y entiende que ofrece una relación de dominio respeto del sujeto a tres niveles: el pedagógico, el institucional y el social, o sea, que el educado se defina como necesitado de educación y se le eduque respecto de un modelo perfecto, vinculado a presupuestos externos y empíricos que la potencian y permiten su desarrollo los cuales determinan a su vez el marco institucional, y ha de ser individualizada.

Para lograr semejante estabilización, los fines resocializadores deben ir dirigidos especialmente más que a la preservación de las normas penales, a la conservación de los valores representados por esas normas, para que así pueda adquirir la pena una dimensión más amplia que la meramente disuasiva. En vez de aspirarse a la imposición de una moral determinada debe buscarse la motivación positiva a través de la demostración de las razones, caminos y

⁸²³ *Ibidem*, pp. 6-7.

⁸²⁴ ESER, A., “Resozialisierung in der Krise? Gedanken zum Sozialisationsziel des Strafvollzugs”, *Lüdersen/Sack, Abweichendes Verhalten III. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität*, Frankfurt/M., 1977, pp. 285-286, citado por MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., pp. 81-82 y 84-85.

alternativas que puedan garantizar la defensa de los bienes jurídicos respectivos; y este ofrecimiento de alternativas al sujeto no impide que el propio educador se identifique con una determinada alternativa diferente a la de aquél. Es el precio que ha de pagarse a favor de una sociedad libre en la que pueden convivir diferentes ideologías. Dicha teoría no entra en contradicción con la terapia social ni es incompatible.

En contraposición, están aquellas que creen que hay que partir de los factores que genera la sociedad para que exista delincuencia. En este sentido, destacan las teorías psicoanalíticas que suscriben que la sociedad es la generadora de la delincuencia y la pena a imponer es la necesidad para compensar el sentimiento de culpa de la sociedad. Y las teorías marxistas piensan que la delincuencia es el resultado de unas determinadas relaciones de producción, comprendiendo que la delincuencia no es otra cosa que la expresión de las contradicciones que caracterizan la dinámica de las relaciones de producción en una determinada fase del desarrollo económico-social⁸²⁵.

Ambas teorías encierran lo que se denomina como *instrumentalización de la persona*, en el sentido de que no se la culpa totalmente de la comisión del delito porque éste es generado por unos factores de la sociedad, destacando además las teorías de Freud sobre el miedo a la autoridad y el temor al Super-Yo⁸²⁶. En la actualidad la sociedad busca la retribución por el delito cometido, si se trata de una orientación más conservadora entienden retribución como fundamento de la pena acentuando la prevención general y, si es más progresista, como límite a las exigencias de la prevención.

En estos programas mínimos se entiende que la resocialización está dirigida a lograr una mera adecuación de la conducta externa del condenado a las normas del ordenamiento jurídico, y se abandona la pretensión de incidencia en

⁸²⁵ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., pp. 30-43.

⁸²⁶ FREUD, S., *Obras completas*, Biblioteca Nueva, t. III, Madrid, 1973, nota 1636; del mismo, *Psicología de las masas*, Freud ya había hecho una inicial distinción entre *Superyó* y *Yo*.

los valores propios del sometido a la pena privativa de libertad⁸²⁷. Este programa también ha sido cuestionado por la posible contradicción entre la conducta externa y los valores internos del preso, así como la pena no tiene sentido. Se caracteriza porque la resocialización de los presos es mínima, en este sentido, Muñoz Conde⁸²⁸ trata el principio resocializador basado en el principio de intervención mínima, es decir, de garantizar un mínimo de derechos del preso, así como de evitar el desarraigo, la desvinculación social, etc. Estos programas resocializadores mínimos han hecho que un sector doctrinal - entre los autores, De la Cuesta Arzamendi- asuma que la adecuación utilitarista de la conducta externa a la legalidad de las normas de la sociedad no sea una verdadera resocialización ya que sólo permanecerá en la resocialización cuando la coacción penal sea efectiva. Conllevando el riesgo de que, en un momento determinado, por contradicción entre el sistema de valores del individuo y la legalidad o por vacío moral o falta de autodeterminación del sujeto, pueda volver a recaer en el delito⁸²⁹.

Igualmente, si la intervención resocializadora sólo ha de pretender el respeto a la legalidad formal, resulta innecesaria para cuantos, incluso habiendo delinquido, acepten las reglas básicas de la convivencia social. De otro lado, desde la perspectiva más radical, la resocialización a la legalidad suscita el problema de fomentar el respeto acrítico a una legalidad que, en muchos aspectos, puede ser profundamente injusta. No obstante, asegura que tampoco vale para aquellos que hayan delinquido y acepten las normas infringidas como parte de los valores de la sociedad. Este autor es de la opinión de que atendiendo al Estado social y democrático de Derecho, preocupado por garantizar la autonomía individual y la dignidad de las personas, parece preferible la

⁸²⁷ PEITEADO MARISCAL, P., *La ejecución jurisdiccional de condenas privativas*, cit., p. 149; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *El trabajo penitenciario resocializador*, cit., p. 136; y "La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria", *Papers d'estudis i formació*, nº. 12, 1993, p. 7.

⁸²⁸ MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho penal*, Barcelona, 1975, p. 59. También Kaufmann es partidario de esta idea.

⁸²⁹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *El trabajo penitenciario resocializador*, cit., p. 137. En contraposición se dice que los sujetos no comparten los mismos valores sociales y eso no supone que delinquen, LUZÓN PEÑA, D.M., *Medición de la pena y sustitutivos penales*, cit., p.54.

resocialización a la legalidad, reduciendo las influencias al respeto de los bienes y valores protegidos por las normas pena⁸³⁰. Con esta pretensión, Bergalli⁸³¹ añade que no es aceptable este contenido de la resocialización porque las leyes pueden ser injustas de tal manera que la resocialización en los valores de la sociedad puede llevar al sujeto a una imposición de valores inadecuados.

Programas de ejecución no desocializadores. Se trata de unos programas que pretenden superar los programas máximos y mínimos. Parten de la idea de que a la vez que se *saca* a un delincuente de la sociedad, posteriormente hay que volverlo a introducir en ella, de ahí las expresiones re-educación, re-socialización, re-inserción social. De esta manera, la pena se impone como consecuencia de un acto o hecho y, a través de ella, como programas de resocialización, pretendiéndose cambiar una conducta interna del sujeto. Es decir, que la resocialización no la hacen desde la pena en general sino concretamente en la pena privativa de libertad, de forma que no es el condenado el que debe ser resocializado, traduciéndose la finalidad resocializadora de la pena privativa de libertad en una ejecución *humanitaria* de la pena⁸³² o no *desocializadora*. Para Peiteado Mariscal es el programa más compatible con nuestro ordenamiento jurídico, tanto en la finalidad de la pena como en la esencia propia de la pena privativa de libertad⁸³³. Pero, ésta teoría ha sido criticada, entre otros por García- Pablos, indicando que únicamente se refiere a la pena impuesta sin cuestionar el papel de ésta como instrumento de control social. Y también es criticada por Bergalli al indicar que el Estado español tiene grandes fallos en la dimensión social, sobre todo en lo que se refiere a imponer al recluso unas condiciones de convertirse en un miembro activo de la sociedad. Concretamente dice “la intención resocializadora debe ser

⁸³⁰ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria”, cit., pp. 7-8; del mismo, *El trabajo penitenciario resocializador*, cit., p. 139.

⁸³¹ BERGALLI, R., *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?*, cit., p. 65. Citado por DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria”, cit., p. 7.

⁸³² La resocialización como ejecución humanitaria es desarrollada por KAUFFAMANN, H., *Principios para la reforma de la ejecución penal*, Depalma, Buenos Aires, 1977; MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit.

⁸³³ PEITEADO MARISCAL, P., *La ejecución jurisdiccional de condenas privativas*, cit., 151.

tacha de ideológica, en el sentido de falsa o errónea representación de la realidad”⁸³⁴.

Programas basados en teorías del psicoanálisis y marxistas. Tratan de hacer programas dirigidos a la sociedad porque consideran que la propia sociedad, al ser injusta, genera la criminalidad. Se generan por principios sociológicos, no se apoyan en la pena privativa de libertad para poder resocializar sino en la sociedad como generadora de delincuencia. Ello me lleva a reafirmar la inseguridad social que hay, teniendo, pues, cabida las tesis de Wilson⁸³⁵ sobre la ley y el orden.

Teniendo en cuenta las distintas tesis, a mi parecer, no se puede comprender la pena sin su ejecución. La función resocializadora se debe encaminar hacia el recluso, en valores y principios, y no sólo en la sociedad, puesto que, a pesar de que entiendo que la sociedad es la generadora de la criminalidad, el ser humano tiene capacidad de decisión para optar por un camino u otro, y el hecho de que haya elegido mal no le hace a la sociedad responsable. Es cierto que la resocialización guarda una estrecha relación con la política criminal y con los factores socioeconómicos, en este sentido, Bergalli⁸³⁶ considera que la política de empleo, de la vivienda, de la educación, de la inmigración, etc., supone luchar contra el delito de una manera individual.

Adentrándonos más en el tema, el sujeto que ha cometido el delito no acepta unas normas dominantes en la sociedad, normas que, generalmente, son admitidas por los ciudadanos, surgiendo un conflicto el cual da lugar al delito. Desde esta perspectiva, no sólo es responsable el sujeto sino también la sociedad, de modo que la resocialización se convierte en un conflicto entre delincuente y

⁸³⁴ BERGALLI, R., “Los rostros ideológicos de la falsa resocializadora”, *Doctrina Penal*, nº. 36, 1986, p. 595, citado por PEITEADO MARISCAL, P., *La ejecución jurisdiccional de condenas privativas*, cit., p. 152.

⁸³⁵ J.Q. Winson es un criminólogo asesor de Reagan y fundador de la nueva tendencia de la criminología, la administrativa, SÁNCHEZ CONCHEIRO, M^a T., *Para acabar con la prisión. La mediación en el Derecho Penal. Justicia de proximidad*, Icaria, Barcelona, 2006, p. 10.

⁸³⁶ SOLÉ, C., PARELLA, S., ALARCÓN A., BERGALLI, V. y GIBERT, F., “El impacto de la inmigración en la sociedad receptora”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, nº. 90, 2000, pp. 131-158.

sociedad, porque, de un lado, se pretenden inculcar unos valores para una futura vida del delincuente en la sociedad sin delitos y, de otro, se pueden suponer vías de solución hacia una conducta *desadaptada* intentando salvar la libertad personal. Por ello, la resocialización pretende proporcionar al preso una capacidad y voluntad de llevar una vida responsable, lo que no determina una adaptación social. No se trata de una educación a una adaptación social o de una sumisión al Estado, sino de una formación para una independencia exterior que posibilita la positiva utilización de las capacidades individuales y de los bienes sociales. Deben desarrollarse responsabilidades y participaciones efectivas en la vida social⁸³⁷.

Mapelli habla de la *resocialización legal* frente a las teorías de las expectativas⁸³⁸. En cuanto a la resocialización legal en España es partidario

⁸³⁷ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 81, citando en nota 177 a MÜLLER-DIETZ, H., *Wege zur Strafvollzugsreform*, Berlín, 1972, pp. 28-29; MIR PUIG, S., *Función de la pena*, p. 23; HAFFKE, "Hat emanzipierende Sozialtherapie eine Chance? Eine Problemskizze", *Lüderssen, Sack, Hrsg.*, 1977, pp. 291-320, indica que "todo modelo de resocialización que pretenda ser consecuente tiene que dar una respuesta satisfactoria frente al binomio autonomía-dominio. Las aspiraciones resocializadoras tendrán que garantizar la autonomía personal frente al intento de dominio institucional. Entiende que la pedagogía de la autodeterminación de Eser ofrece una relación de dominio respeto del sujeto a tres niveles diferentes: el pedagógico, el institucional y el social. En el pedagógico, educación y terapia consisten en una influencia ajena, presuponen que el educado se defina como necesitado de educación y se le educa respecto de un modelo perfecto; Hentig reconoce esto cuando afirma que "los hombres tienen que ser obligados por medio de la educación a ser libres", HENTIG, V., *Spielraum und Ernstfall*, 1973, p. 13; en la institucional: la pedagogía de la autodeterminación se vincula a presupuestos externos y empíricos, y la social: la pedagogía de Eser está orientada a un modelo de pedagogía individualizada. La pedagogía de la autodeterminación debe considerarse como fracasada. Mapelli habla de dos tipos de resocialización el preventivo y el penitenciario, el preventivo va unido a la prevención especial y el penitenciario se convierte en un principio de humanización de la ejecución de la pena privativa de libertad, materializando en el ámbito penitenciario el principio de intervención mínima.

⁸³⁸ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., pp. 55-68.

Luzón Peña y Zugaldia⁸³⁹, y próximo a estas ideas se encuentra García Valdés⁸⁴⁰. Esta resocialización legal se basa en que al efectuarse no se vean alterados los valores de la personalidad del recluso. Aun con ello, García Valdés reconoce que para que se cometan nuevos delitos es necesario que el sujeto en cuestión pierda, total o parcialmente, su autonomía en el desarrollo de su personalidad. Esta teoría no es clara en cuanto a los métodos a aplicar para que el recluso se reinserte en la sociedad, los que sigan la teoría mencionada verán que su objetivo de resocialización y reinserción social no será alcanzado. En cuanto a la teoría de las expectativas engloba todo lo referente a las terapias sociales, siendo el propio sujeto el que determine el fin a que ha de abocar el proceso resocializador. En esta línea, resocialización es un proceso por el que se asigna al individuo un estatus social, resocializar es actuar en el campo social, no se pretende adaptar al individuo a unas normas sino crear las condiciones que obstaculicen la producción de un nuevo delito basándose en métodos de aprendizaje⁸⁴¹.

Todas las teorías mencionadas hasta ahora sobre la resocialización inciden en la relación recluso-sociedad, de manera que no podemos fijar un sistema penitenciario, ni una política que gire en torno al recluso, sino que, además, afecte a la sociedad, que se vea implicada en la existencia de penas y en la finalidad de las mismas siguiendo los principios sobre los que se sustenta el Derecho en un Estado social y democrático de Derecho⁸⁴². Pero, como correctamente afirma Schneider⁸⁴³, “la mayoría de los delincuentes ni son

⁸³⁹ Respectivamente, *Medición de la pena y substitutivos penales*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1979, y “Consideraciones sobre las tendencias del desarrollo de la ciencia del Derecho Penal”, *Revista Mexicana de Derecho Penal*, n.º. 3, 1978.

⁸⁴⁰ GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la Ley General Penitenciaria*, Cívitas, Madrid, 1980.

⁸⁴¹ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., pp. 63 y ss., citando a RUNDE, P., “Resozialisierung als wissenschaftliches und sozialpolitisches problema”, en KAUFMANN, A., *Die Strafvollzugsreform*, Karlsruhe, 1971.

⁸⁴² MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 92.

⁸⁴³ SCHNEIDER, H.J., *Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug*, München, 1976, p. 452, citado por MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 94.

enfermos criminales, ni necesitan de tratamientos o curaciones. Pretender que la desviación social se adapte a la conformidad social por medio de la terapia es tan falso e inhumano como inefectivo". En definitiva, se concibe la resocialización desde un punto de vista funcional, representado por la teoría de la socialización, basado en la inserción al sistema social y, el modelo valorativo, representado por la teoría correccionalista en la que se pretende una mejora o enmienda⁸⁴⁴. En cuanto al modelo valorativo, Dorado Montero piensa que el delincuente es un ser débil para quien la pena debe servir de medio de rehabilitación, rescate o regeneración; intervención a la que tiene derecho el sujeto por razón de su desgraciada situación psíquica que el delito ha puesto de manifiesto⁸⁴⁵.

4.4. FINALIDAD CONSTITUCIONAL PARA LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD Y LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Partiendo de la tesis de que la pena ha de consistir, necesariamente, en la inflicción de un mal, que se concreta en la privación de un derecho⁸⁴⁶, no se puede afirmar que el fin de las penas privativa de libertad y de las medidas de seguridad sea la reeducación y reinserción social de los presos. Para Peiteado Mariscal, la función resocializadora sólo va referida a las penas, y no a las

⁸⁴⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., "La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo", *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1979, pp. 656 y ss. Son seguidores de esta tesis, Sainz Cantero, Röeder, Dorado Montero, Giner de los Ríos, entre otros.

⁸⁴⁵ DORADO MONTERO, P., "El correccionalismo penal y sus bases doctrinales", *Derecho protector de los criminales*, t. I, Madrid, 1915, pp. 192 y ss.; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *El trabajo penitenciario resocializador*, cit., p. 134; ALLEN, F.A., *The Decline of the Rehabilitative Idea: Penal Policy and Social Purposes*, Yale University Press, Nueva Haven, 1981; HUSSEY, F., "Just Deserts and Determinate Sentencing: Impacto in the Regabilitation Ideal", *The Prison Journal*, t. LIX, 1980.

⁸⁴⁶ COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTON, L., *Derecho penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1987, citado por RUÍZ VADILLO, E., "La sociedad y el mundo penitenciario, (La protección de los derechos fundamentales en la cárcel)", cit., pp. 63-78, y nº extra 13, 1999, p. 208.

medidas de seguridad, ya que éstas están sujetas a la privación de libertad⁸⁴⁷. Por otro lado, hay autores que sí consideran que la función resocializadora se extiende a las medidas de seguridad, como es el caso de Boix Reig⁸⁴⁸. Y, siguiendo con que la imposición de la pena privativa de libertad no es para resocializar al preso sino para que cumpla condena, la resocialización se configura como un principio penal⁸⁴⁹ y no un derecho fundamental, ya que no todo recluso quiere o necesita la resocialización.

En un sentido amplio, y como hemos venido reiterando, el planteamiento resocializador debe partir del respeto de los derechos del penado, es decir, el concepto de *reinserción social* debe ser reinterpretado en el marco más amplio de los principios constitucionales que inspiran el Estado social de Derecho y, en particular, del principio dinámico de igualdad y del principio de la dignidad del hombre, con lo que el penado objeto de tratamiento se transforma en sujeto de derechos sociales⁸⁵⁰.

A efectos de nuestro estudio, interesa determinar que la reinserción social nos sitúa frente a un condenado más real, más específico; ante un sujeto con muchas carencias, algunas de las cuales tienen su origen en su propia condición de recluso. El sistema penitenciario no puede pretender, ni es tampoco su misión, hacer buenos a los hombres, pero sí puede, en cambio, tratar de conocer cuáles son aquellas carencias y ofrecer al condenado unos

⁸⁴⁷ PEITEADO MARISCAL, P., *La ejecución jurisdiccional de condenas privativas*, cit., p. 166.

⁸⁴⁸ BOIX REIG, J., "Significado jurídico-penal del artículo 25.2 de la Constitución", *Escritos penales*, 1979, p. 113. En este mismo sentido, ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., "Consideraciones sobre la función de la pena en el ordenamiento constitucional español", en CEREZO MIR, J., SUÁREZ MONTES, R.F., BERISTAIN IPIÑA, A. y ROMEO CASABONA, C., (eds.), *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos*, Comares, Granada, 1999.

⁸⁴⁹ En este sentido, CID MOLINE, J., "Derecho a la reinserción social. Consideraciones a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional en materia de permisos", *Jueces para la Democracia*, nº. 32, 1998. Reitero que, a mi juicio, la reinserción social es un derecho fundamental por su ubicación en la Constitución.

⁸⁵⁰ BARATTA, A., "Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistemática", *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 24, trad. de García-Méndez y Sandoval, 1984, pp. 533-551.

recursos y unos servicios de los que se pueda valer para superarlos⁸⁵¹. Por otro lado, se admite la posibilidad de que en un futuro el legislador, guiado por el principio de humanidad en la imposición de las sanciones, vaya reduciendo la presencia de la pena privativa de libertad, sustituyéndola por otras modalidades de sanciones (resocialización)⁸⁵². Desde este punto de vista, lo fundamental es evitar la desocialización, para ello habría que eliminar todo lo que pueda infligir al preso, un mal añadido al de la privación de libertad pero entra en contradicción con el sentido real de la prisión. Por su parte, Mapelli⁸⁵³ clasifica en tres grupos las manifestaciones doctrinales: la que considera la resocialización como un fundamento de la pena, la que entiende que la resocialización es sólo un criterio ordenador de la ejecución penal⁸⁵⁴, y la que sostiene que, estando fundamentalmente dirigida al ámbito penitenciario, tiene implicaciones importantes en otras instancias del sistema jurídico penal.

En un sentido amplio, Baratta señala los medios más adecuados para llevar a cabo la resocialización, así aboga por la desaparición paulatina de la pena de privación de libertad sugiriendo, como alternativa, una mayor relación entre la comunidad carcelaria y la libre. Por otro lado, Luzón Peña⁸⁵⁵ opina que la resocialización no sería posible frente a los delincuentes por convicción o profesionales incorregibles, para los que entraría en juego cualquiera de los otros dos elementos de la prevención especial, discrepando con este autor porque el precepto constitucional señala que la resocialización y no la prevención

⁸⁵¹ MAPELLI CAFFARENA, B., "Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, nº. 8, 2006, disponible en <http://criminet.ugr.es/>.

⁸⁵² MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., pp. 134 y ss.

⁸⁵³ *Ibidem*, p. 133. Este autor entiende que sólo tiene cabida en el ámbito penitenciario y que "la resocialización penitenciaria se traduce en el ámbito judicial y legislativo en un mandato ineludible de disminuir la presencia de la pena de prisión en favor de otras modalidades de sanciones".

⁸⁵⁴ BARATTA, A., "Criminología crítica y Derecho penal", *Actos del Colegio regional español sobre la Política Criminal y del Derecho penal*, 1978, pp. 43 y ss.

⁸⁵⁵ LUZÓN PEÑA, D., *Medición de la pena y sustitutivos penales*, cit., p. 56.

especial es la que se debe aplicar a todos los reclusos⁸⁵⁶. Mapelli es contrario a esta tesis ya que lo que se pretende es impedir la actividad delictiva sin modificar las convicciones del autor.

A la luz de lo establecido, el debate doctrinal se centra en averiguar cuándo o en qué fase debe aplicarse la reeducación y la reinserción social, es decir, si debe ser o no en la fase de ejecución de la pena. Pues bien, la posición más acertada es aquella que entiende que debe ser en la fase de la ejecución de la pena, puesto que se cree que, a pesar de que se trata de un derecho que se predica de los privados de libertad, la pena se mide “por la gravedad del hecho culpable” y tiene “como fundamento la reinserción social y la reeducación”⁸⁵⁷. En esta misma línea, la doctrina mayoritaria considera que el objetivo resocializador afecta, exclusivamente, al ámbito de la ejecución de las penas.

Además, Córdoba Roda⁸⁵⁸ indica que la norma constitucional puede interpretarse, de un lado, en el sentido de que la reeducación y la reinserción social es “la única y exclusiva” función de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad, en cuyo caso y, como consecuencia negativa, no podría imponerse la pena privativa de libertad en todos aquellos supuestos en los que “habiéndolo cometido el sujeto un delito conminado con una pena privativa de libertad, no esté aquél necesitado de reeducación y reinserción social”. Por otro lado, con dicho precepto se da entrada “a un principio de humanización que proscribiera la imposición de sanciones inútiles, cuando no claramente perjudiciales para el condenado”, o “inspiradas en un simple fin de castigo”. En consecuencia, si la reeducación y la reinserción social son criterios

⁸⁵⁶ Recordemos que ni la Constitución española ni la normativa penitenciaria establecen los métodos que se tienen que desarrollar en los Centros penitenciarios para que los reclusos puedan *reincorporarse* nuevamente en la sociedad con una aptitud distinta frente a los valores sociales.

⁸⁵⁷ COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, I., “Derechos fundamentales del condenado. Reeducación y reinserción social”, cit., pp. 219-220, entienden que la norma constitucional fija un criterio por el que, en determinadas circunstancias, debe regirse la fase de ejecución de las penas, (pp. 222-223) y, COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DÍEZ, M., “Comentario al Artículo 25. Garantía penal”, cit., p. 140.

⁸⁵⁸ CÓRDOBA RODA, J., “La pena y sus fines en la Constitución”, *La reforma del Derecho penal*, Bellaterra, 1980, p. 158; del mismo, “La pena y sus fines en la Constitución española de 1978”, cit., p. 139.

que han de tenerse en cuenta, exclusivamente, en la fase de ejecución de la pena, dichos criterios no podrán identificarse con la fundamentación de la pena⁸⁵⁹.

A esta cuestión le sigue la pregunta de qué tipo de presos o qué tipo de delitos han de realizar la resocialización, pero ni la Ley ni el Reglamento penitenciarios distinguen los presos en función de los delitos cometidos. A la hora de preguntarnos por la reinserción de los delitos de terrorismo⁸⁶⁰ y el tratamiento penitenciario hacia ellos, es como la de cualquier otro recluso, la normativa penitenciaria nada establece sobre si deben o no tener tratamiento, lo que sí señala es un trato diferente⁸⁶¹. En este sentido, se ha manifestado el Tribunal Supremo en la Sentencia de la Sala 2ª de 30 de mayo de 1992, Fj. 2 argumentando que: “no puede conseguirse, o resulta muy difícil, la consecución del mandato constitucional de resocialización cuando se produce, en función de las circunstancias, una excesiva exasperación de las penas. La legalidad constitucional debe prevalecer sobre la ordinaria en supuestos como el que nos ocupa. El desentendimiento de la inspiración constitucional rehabilitadora y de reinserción social, llevaría a un «trato inhumano» a quien [...] se viese abocado a una situación de privación de libertad muy superior a los treinta años. Tal intensidad supondría una privación de oportunidad reinsertadora para el sujeto, una humillación o sensación de envilecimiento superior a la que acompaña a la

⁸⁵⁹ CARCEDO GONZÁLEZ, R.J. y REVIRIEGO PICÓN, F., (eds.), *Reinserción, derechos y tratamiento en los Centros penitenciarios*, Amarú, Salamanca, 2007, p. 82.

⁸⁶⁰ Es la Convención de Ginebra de 16 de noviembre de 1987, la que configura el terrorismo como un delito independiente y lo define como los actos criminales contra el Estado y cuyo fin es la de provocar el terror contra personalidades determinadas, grupos de personas o en el público. A esta definición se le une la dada por GONZÁLEZ CURSSAC, J.L., “El derecho penal frente al terrorismo”, *Lección Inaugural del curso Académico 2005/2006*, Universidad Jaime I de Castellón, Castellón, 2005, al indicar que son actos de violencia que constituyen delitos comunes con una finalidad de subvenir el orden constitucional y alterar la paz pública, siendo indiferente si se realizan en el seno de una organización o se cometan individualmente; KAISER, G., *Introducción a la Criminología*, trad. de J.L. Rodríguez Devesa, Dykinson, Madrid, 1988; MARTÍNEZ-CARDÓS, L., “El terrorismo: aproximación al concepto”, *Actualidad Penal*, nº. 26, 1998, pp. 479 y ss., el terrorismo es un modo de consecución del poder político y un modo de dominación política, basado precisamente en el terror.

⁸⁶¹ Ver el art. 72.6 de la LOGP.

simple imposición de la condena, trato inhumano y degradante proscrito por el artículo 15 de la Constitución”⁸⁶².

Con independencia del término que se utilice de *reinserción*, *readaptación*, *resocialización*, etc., todos van encaminados a la consecución de la misma finalidad, suponen un cambio de actitud que pueda permitir vivir una vida sin delito.

Pero, en realidad, al no hacer distinciones no está evitando que se produzcan discriminaciones, sino que está obviando problemas específicos y nos está mostrando que el sistema penitenciario está construido por y para las necesidades de un modelo de sujeto que podríamos definir como “masculino y nacional”⁸⁶³. Por último, aunque la normativa penitenciaria sólo habla de los condenados a penas privativas de libertad y medidas de seguridad, en cuanto a la reeducación y reinserción, no quedan, por ello, excluidos los preventivos, puesto que al tratarse de un derecho fundamental, queda incluido cualquier preso. No obstante, atendiendo al artículo 5 de la LOG se deduce que no hay reeducación ni reinserción social para ellos puesto que prima la presunción de inocencia hasta que un Juez o Tribunal emite una sentencia condenatoria. En consecuencia, si aún no es culpable no se le puede aplicar un tratamiento rehabilitador, sin embargo, gozan de las mismas garantías, derechos y deberes que el resto de los presos.

Por consiguiente, es doctrina reiterada que las finalidades de reeducación y reinserción social que a las penas privativas de libertad impone el art. 25.2 de la CE tengan un alcance genérico que el legislador no ha de obviar al fijar las penas aplicables a cada delito y los límites de su efectivo cumplimiento, lo mismo que ocurre con los Juzgados y Tribunales para la aplicación de las normas penales y penitenciarias, y con los órganos de la Administración correspondientes. Pero no puede servir para, salvo casos extremos, imponer unos límites a las penas legalmente impuestas que no sean los que la propia legislación positiva reconoce a la vista de la resocialización, que, como

⁸⁶² De modo similar se pronuncia la STS, Sala 2ª, de 20 de octubre de 1994, Fj. 6.

⁸⁶³ BODELÓN GONZÁLEZ, E., “Género y sistema penal: los derechos de las mujeres en el sistema penal”, en BERGALLI, R. y OTROS, *Sistema penal y problemas sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 458.

argumento esencial y prioritario, se impone en virtud del artículo 15 de la CE que proscribe las penas o los tratos inhumanos y degradantes⁸⁶⁴.

4.5. LA CÁRCEL, LUGAR DE REEDUCACIÓN PARA REINSERTARSE

4.5.1. La prisión como escuela de reeducación

Partiendo de la idea de que la resocialización supone adquirir pautas distintas a las del momento de cometer el delito, se trata de hacer desaparecer roles del exterior, como ya indicaba Bergalli, los roles laborales, familiares y sociales. La imagen del mundo exterior va distorsionándose⁸⁶⁵. Y, continuando con la idea del objetivo resocializador, que sólo se persigue en el marco de respeto a la libre voluntad del recluso y al libre desarrollo de su personalidad⁸⁶⁶, se llega a la conclusión de que la prisión no encaja como modalidad penal dentro de la filosofía de un Estado social y democrático de Derecho, ni tan siquiera un enfoque resocializador preventivo ha resuelto las tensiones que origina la privación de libertad en un Estado que considera ésta

⁸⁶⁴ Asimismo, la SSTS 15 de febrero y de 18 de julio de 1996; Sala 2ª de 30 de enero de 1998; Sala 2ª de 28 de diciembre 1998; STC 112/1996, de 24 junio, indican que la orientación a la reinserción y reeducación no es la única finalidad de la pena y que aunque “este principio constitucional no constituya un derecho fundamental no significa que pueda disociarse en la aplicación de las leyes, y menos aún cuando el legislador ha establecido, cumpliendo el mandato de la Constitución, diversos mecanismos e instituciones en la legislación penitenciaria dirigidos a garantizar dicha orientación resocializadora, o al menos, no desocializadora”. En el mismo sentido, de generalización ya se pronunció CASABÓ RUÍZ, J. R., CÓRDOBA, J., RODRÍGUEZ MOURULLO, G. y DEL TORO, A., *Comentarios al código penal*, t. II, Ariel, Barcelona, 1972, p. 8.

⁸⁶⁵ PINATEL, J., *La sociedad criminógena*, Aguilar, Madrid, 1969 citado por GARCÍA-BORÉS ESPÍ, J., “El impacto carcelario”, en BERGALLI, R. y OTROS, *Sistema penal y problemas sociales*, cit., p. 415.

⁸⁶⁶ Es el caso de MUÑOZ CONDE, F., “La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito”, cit., p. 95.

como un elemento nuclear del desarrollo de la personalidad y de la dignidad de las personas⁸⁶⁷.

Matizando lo dicho, se afirma por un sector doctrinal -Baratta, García-Pablos o Bergalli, entre otros- que la prisión no resocializa, ya que éste es un concepto que no está completamente definido, incluso se recalca que la resocialización es un proceso de interacción entre el individuo y la sociedad, a cuyas normas debe adaptarse el individuo⁸⁶⁸. En definitiva, la prisión da lugar a desarraigo y desvinculación de la sociedad no concibiéndose cuando existe una pena larga⁸⁶⁹, al igual que en una pena corta. En cuanto a éstas últimas, el Tribunal Constitucional en la Sentencia 120/2000, de 10 de mayo manifiesta que cabe la resocialización en las penas cortas, en contraposición con la anterior STC 19/1988, de 16 de febrero. Y la jurisprudencia del Tribunal Supremo también entiende que no cabe la resocialización en las penas cortas (STS de 9 de noviembre de 1998, y de 28 de diciembre de 1998). Sin embargo, otros argumentan -Muñoz Conde- que, si se ha procedido a eliminar la pena de muerte y los trabajos forzados, también se pueden extinguir algunas de las penas de hoy día y plasmar otras que posiblemente llevarían a un mayor éxito de la reinserción. Concretamente señala que “como no tiene cabida la reinserción en la cárcel lo que se debe propugnar es la abolición de la cárcel”⁸⁷⁰. En sentido similar se pronuncia García-Pablos⁸⁷¹, pretendiendo que no se llegue a la desocialización del recluso.

Frente a ellos, otro sector de la doctrina estima que es necesario que el tratamiento penitenciario vaya enfocado a la reeducación y reinserción de los reclusos. Así pues, Mapelli⁸⁷², partidario de esta tesis, manifiesta que la

⁸⁶⁷ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p.139.

⁸⁶⁸ MUÑOZ CONDE, F., “La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito”, cit., pp. 94 y 105.

⁸⁶⁹ CULLEN, F.T. y GILBERT, K.E., *Reaffirming Rehabilitation*, Anderson, Ohio, 1985.

⁸⁷⁰ MUÑOZ CONDE, F., “La resocialización”, cit., p. 106.

⁸⁷¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “La supuesta función resocializadora del Derecho penal”, cit., p. 95.

⁸⁷² MAPELLI CAFFARNE, B., “Los fines de la ejecución de la pena privativa de libertad”, cit., p. 22.

reeducación aspira a que la prisión no interrumpa el proceso de desarrollo de la personalidad del recluso de acuerdo con los derechos fundamentales recogidos por la Constitución.

Por lo examinado, con la resocialización como finalidad, lo que se pretende es que el penado no sea un ser eliminado de la sociedad sino una persona que continúa formando parte de la misma, incluso como miembro activo, si bien sometido a un particular régimen jurídico, motivado por el comportamiento antisocial de aquél y encaminado a preparar su vuelta a la vida libre en las mejores condiciones para ejercitar socialmente su libertad⁸⁷³. Frente a esto, nos encontramos con la tesis de aquellos que mantienen que no nos encontramos delante de un instrumento al servicio de la integración, sino que se trata de un reforzamiento de la persona para que integre sus propias pautas de conducta, es decir, movilizar los recursos comunitarios y a la misma sociedad⁸⁷⁴. Se considera a “la reinserción social como un trabajo de doble componente; se trata de dar soportes técnicos y medios adecuados a la persona en conflicto y/o con dificultades, para conseguir afrontar su problema y superar su situación personal [...] Los esfuerzos de la persona a la que se pretende ayudar es una parte importante de la finalidad de la reinserción; la otra parte pertenece a la comunidad. Es decir, reinserción social también es movilizar los recursos comunitarios y a la misma sociedad [...]. Resulta más difícil conseguir la actitud positiva de los componentes de la comunidad que de la persona, y esto explica muchos fracasos”⁸⁷⁵. En síntesis, la resocialización del preso está en decadencia y no debe comprenderse como la crisis de las posibilidades de modificar el sentido de la pena de prisión, sino que se trata únicamente de una sobreestimación errónea de los medios y las condiciones en que se desarrolla aquella⁸⁷⁶.

⁸⁷³ Boletín Oficial de las Cortes, nº. 148, 15 de septiembre de 1978, citado por REVIRIEGO PICÓN, F., *Los derechos de los reclusos en la jurisprudencia constitucional*, cit., pp. 26-27.

⁸⁷⁴ RENOM, A., “La reinserción social: un proceso necesario para el retorno a la comunidad”, *Generalitat de Catalunya, Presó i Comunitat*, Caixa de Barcelona, 1988, pp. 298-299.

⁸⁷⁵ MANZANOS BILBAO, C., “Cárcel y marginación social: contribución crítica e investigación aplicada a la sociedad vasca”, *Hirugarren Prentsa*, Donosita, 1991, p.120.

⁸⁷⁶ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 59.

4.6. INCIDENCIA DE LA REEDUCACIÓN EN LOS DERECHOS DE LOS PRESOS

Se parte de la premisa de que la reeducación se realiza con el objeto de que el recluso pueda reinsertarse en la sociedad, y se plasma en el tratamiento penitenciario. De otro lado, se reconoce a la cárcel como el único ámbito para reeducar y reinsertar a los presos⁸⁷⁷. Atendiendo a la normativa penitenciaria, el tratamiento es voluntario, pero la reeducación y la reinserción son derechos fundamentales. De ahí las discrepancias doctrinales en la consideración de si el tratamiento penitenciario debe ser voluntario o impuesto, asimismo se plantea que si el tratamiento debe ser individualizado, la reeducación debe fundamentarse bajo el mismo principio. En opinión de un sector doctrinal, -Mapelli Caffarena- la identificación entre resocialización y humanitarismo hizo frecuentemente bajar la guardia en cuanto a las garantías jurídicas mínimas a observar en la ejecución de la pena, sirviendo de apoyo a intervenciones coactivas manipuladoras⁸⁷⁸ y, de otro lado, eran “fuertemente atentatorias de los derechos individuales [...] hasta a la práctica de experimentos con los internos, incluso sin pretensiones terapéuticas”⁸⁷⁹.

En contraposición, se encuentra la teoría del derecho a no ser tratado o el derecho a ser diferente, que todo Estado social y democrático debe respetar⁸⁸⁰. Pero hay un sector doctrinal, como De la Cuesta Arzamendi o Garrido, que habla de *desviados*, arguyendo que no deben ser reinsertados o reintegrados nuevamente en la sociedad. De este modo, se entiende que “la idea rehabilitadora constituye el medio más adecuado [...] para la ocultación de las contradicciones reales tras la desviación de índole individual”, en opinión de De

⁸⁷⁷ Opinión, también, de GARCÍA-BORÉS, J., “Psicología Penitenciaria: ¿Trabajar para quién? Análisis de una intervención institucional”, en GARCÍA RAMÍREZ, M., *Psicología social aplicada en los procesos jurídicos y políticos*, Eudema, Sevilla, 1994, p. 223.

⁸⁷⁸ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Barcelona, 1983, p. 256; SÁNZ DELGADO, E., *El humanitarismo penitenciario español del s. XIX*, Edisofer, Madrid, 2003.

⁸⁷⁹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria”, cit., p. 17

⁸⁸⁰ En este sentido, MUÑOZ CONDE, F., “La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito”, cit., p. 102.

la Cuesta Arzamendi, conviene seguir propugnando el mantenimiento del ideal resocializador⁸⁸¹.

Ahora bien, nos encontramos con las cárceles de máxima seguridad, destinadas a los delitos de terrorismo, significando por lo menos para un sector de las Instituciones carcelarias la renuncia explícita a objetivos de resocialización. Lo que supone que la cárcel siempre ha ejercido y continúa ejerciendo la función de depósito de individuos aislados del resto de la sociedad y, por tanto, neutralizados en su potencial peligrosidad respecto a la misma⁸⁸². En estos casos, lo que se pretende no es resocializar sino neutralizar, desde este punto de vista la pena carcelaria no representa una oportunidad de reintegración en la sociedad, sino una prevención especial negativa. Pero, en definitiva, lo que importa no es la cárcel en sí sino los métodos a utilizar para reinsertar a los reclusos. En este sentido, una Institución penitenciaria de escasos recursos estructurales puede ser mejorada mediante la introducción de

⁸⁸¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *El trabajo penitenciario resocializador*, cit., p. 147; del mismo, "La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria", cit., p. 12; GARRIDO, V. y REDONDO, S., "El tratamiento y la intervención en las prisiones", *Delincuencia*, vol. 3 nº. 13, Generalitat Valenciana, Valencia, 1991, p. 293; BASAGLIA, F., *La mayoría marginada: (la ideología del control social)*, Laia, Barcelona, 1977.

⁸⁸² BARATTA, A., "Cárcel y Estado social. Por un concepto de <<reintegración social>> del condenado", trad. de M. Martínez, en OLIVAS CABANILLAS, E., *Problemas de legitimación en el estado social*, Trota, Madrid, 1991, pp. 137-139. Este autor considera que se comenten dos errores iguales y contrarios, en la teoría del castigo y/o de la neutralización (es decir, en la que se considera que la pena de cárcel no puede resocializar, sino únicamente neutralizar) se incurre en lo que en la filosofía práctica se denomina la "falacia naturalista": se elevan los hechos a normas o se pretende deducir una norma de los hechos. Desde el punto de vista idealista, es decir, la pena de cárcel debe ser considerada, *pese a todo*, como lugar y medio de resocialización, se incurre en la "falacia idealista": se introduce una norma contrafáctica que no puede ser realizada, una *norma imposible*. Opina que la alternativa entre estos dos polos es una falsa alternativa. Para el caso de los que se encuentran en aislamiento se ha afirmado por los JVP que "[...] los internos sometidos a este régimen de vida ni es posible que se reeduquen, ni que se resocialicen [...]"; AJVP nº 1 de Valladolid de 18 de noviembre de 1999, citado por RÍOS MARTÍN, J.C. y CABRERA CABRERA, P.J., *Mirando el abismo. El régimen cerrado*, disponible en www.scribd.com, última consulta el 12 de Junio de 2016 (GEMMA FREIXA EGEA. Barcelona, 2014).

sistemáticos cambios ambientales que reformen su funcionamiento. Pudiendo ocurrir -y viene ocurriendo- que una prisión con una inadecuada estructura sea compensada con un elaborado nivel de organización, produciéndose un resultado de razonable eficacia de la institución en el logro de sus metas; y, al contrario, puede suceder -y viene sucediendo- que una prisión nueva, de extraordinaria estructura y medios, tenga un nivel de renovación organizativa muy bajo o nulo, produciéndose, consiguientemente, una escasa o nula eficacia institucional⁸⁸³.

Por lo examinado, no faltan las discrepancias doctrinales de cómo debe llevarse a cabo la reeducación para que no suponga una vulneración de los derechos fundamentales de los reclusos. Al hilo de estas cuestiones, si se afirma, de un lado, que la función de reeducación y reinserción social del recluso debe comprenderse como obligación de la Administración penitenciaria de ofrecer al recluso todo los medios razonables para el desarrollo de su personalidad y como prohibición a la misma de entorpecer dicha evolución, nunca, como esencia de la pena privativa de libertad⁸⁸⁴, se deduce que las obligaciones siempre vulneran algún derecho, en este caso, el de la libertad de elección.

De otro lado, si tomamos en consideración lo subrayado por Kaufmann⁸⁸⁵ cuando indica que más que la idea de que determinados grupos de delincuentes puedan someterse a un tratamiento especial, a un tratamiento socio-terapéutico, triunfa la idea de que se desarrolle una ejecución de la pena humanamente digna, que sea posible durante la detención vivir como hombre y no vegetar como un número. Se trata de que los reclusos sean preservados del daño que supone estar sometido durante un tiempo a la detención. Se trata, además, de atenuar gradualmente la ejecución y de compensar en lo posible las condiciones de vida de los presos en libertad, que no suceda como ocurre frecuentemente que la pena empieza con la liberación.

⁸⁸³ REDONDO, S., "Evaluar e intervenir en las prisiones", cit. pp. 60-61.

⁸⁸⁴ BAJO FERNÁNDEZ, M., en el prólogo de la obra de ZIPF, H., *Introducción a la política criminal*, trad. de M. Izquierdo Macías-Picavea, Derecho Reunidas, Madrid, 1979.

⁸⁸⁵ KAUFFMAN, A., "Strafrecht und Strafvollzug" cit., p. 50, citado por MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, cit., pp. 100-101; MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho penal*, cit., p. 59.

Finalmente, pero, no por último, se trata de imponer la pena sólo allí donde es incondicionalmente preciso, aprovecharse de las posibilidades de resocializar en libertad. Esta postura se fundamenta en la pena antes que en el recluso, lo que puede dar lugar a una vulneración de derechos. Concepto compartido por Mapelli al que denominará *resocialización penitenciaria*, afirma que si entendemos que la resocialización debe comprender también las actividades que buscan directamente la reincorporación social del delincuente, entonces resultará que en base a un juicio de peligrosidad futura se está justificando un exceso en la pena por encima de las exigencias de la prevención general, aun dentro del marco del tipo legal. Esta solución es insatisfactoria en un doble sentido, por una parte, porque favorece el trato desigual entre los ciudadanos y, por otra, porque nos obliga a justificar la idea de que la pena no es un perjuicio para el que la sufre sino un beneficio, frente a esto está la pena determinada por la prevención especial. Pero es la prevención general la que reclama una pena justa y la resocialización penitenciaria, que materializa el principio de intervención mínima, los únicos criterios capaces de garantizar que el aparato sancionatorio del Estado no se exceda en sus funciones.

La cuestión a debatir es que la pena debe aplicarse con un trato humano, entendiendo que la resocialización no es el medio para solucionar los problemas de la pena privativa de libertad, por ello hay autores que abogan por la desaparición gradual de las prisiones, entre ellos Baratta, Muñoz Conde o Mathiesen. En consecuencia, autores como Mapelli⁸⁸⁶ piensan que la pena de prisión está en absoluta contradicción con el espíritu y los principios que informan nuestra Constitución, argumenta que la prisión atenta contra la libertad y la igualdad, tratándose no sólo de derechos fundamentales sino de valores superiores del ordenamiento jurídico.

Interesa subrayar, por tanto, que hay que hacer menos dolorosa y perjudicial la vida en la cárcel, de forma más individualizada, en base al respeto de los derechos de los reclusos. El objetivo inmediato es una cárcel mejor, y menos cárcel⁸⁸⁷, ya que ésta tiene también otros objetivos “[...] castigar,

⁸⁸⁶ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, cit., p. 137.

⁸⁸⁷ BARATTA, A., “Cárcel y Estado social. Por un concepto de <<reintegración social>> del condenado”, cit., p. 140.

disuadir, excluir, que les aseguran su permanente supervivencia; la prisión es, en la práctica, el poder último que el Estado democrático ejerce sobre el ciudadano⁸⁸⁸. En síntesis, difícilmente se puede reinsertar en la sociedad a quien previamente se ha de aislar, quedando al margen de la realidad social adaptándose a la nueva realidad del universo de la prisión⁸⁸⁹. Por consiguiente, un recluso por su estatus deviene limitado sus derechos fundamentales llegándose a afirmar que la concepción resocializadora de la prisión obliga a entender la ejecución en un proceso de recuperación social del penado, es decir, en un proceso de recuperación de los derechos fundamentales restringidos por la imposición de la pena⁸⁹⁰.

⁸⁸⁸ MORRIS, N., *El futuro de las prisiones. Estudios sobre crimen y justicia*, cit., p. 9.

⁸⁸⁹ ARNÁNZ VILLALTA, E., *Cultura y prisión. Una experiencia y un proyecto de acción sociocultural penitenciaria*, Popular, Madrid, 1988., p. 10; BERGALLI, R., "Realidad social y cuestión penitenciaria (una visión desde España sobre el centro del sistema capitalista)", *Doctrina Penal*, nº. 31, Depalma, Buenos Aires, 1985, pp. 363-377.

⁸⁹⁰ RIVERA BEIRAS, I., "Tratamiento", cit., p. 35, dice que "todos y cada uno de sus derechos fundamentales (a la vida, a la salud y a la integridad física y psíquica, a la defensa, al trabajo remunerado, al respeto de su vida privada, al secreto de su correspondencia, etc.) se encuentran <devaluados> en comparación con la tutela que poseen esos mismos derechos cuando se refieren a quienes viven en libertad". Aquí se ve claramente como se ha construido un ciudadano de *segunda categoría*, (pp. 47 y 127). Asimismo, considera que "el sistema utiliza la dinámica premio-castigo [...] no es una auténtica resocialización, más que incidir en el comportamiento social desviado, para convertirlo en integrado, debería dirigirse a corregir las causas que generan la existencia de la marginación que nutre las cárceles, y este propósito está totalmente fuera del alcance de lo carcelario, de las intenciones del poder y de la lógica de las relaciones de dominación que regulan la vida social". Señala que el objetivo disciplinario del tratamiento es "organizar la vida en las prisiones de tal modo que los principios de seguridad, mantenimiento del orden y buen funcionamiento del establecimiento se conviertan en principio rector". Afirma, en consecuencia, que "el concepto de resocialización es un eufemismo sobre todo para los presos preventivos en el sentido de que están amparados por el principio de presunción de inocencia; lo mismo se puede decir de los delitos ocasionales o delitos por motivos políticos en los que no se precisa de un proceso reinsertador o por simplemente negarse al tratamiento".

Críticamente, Manzanos⁸⁹¹ asevera que se trataría de separar para reparar, siendo el prefijo *re* el que define a cada caso para la finalidad y objetivo de las instituciones segregativas: reformar, resocializar, readaptar, reintegrar, reeducar, rehabilitar, etc., esto se trata de llevar a cabo en un proceso de aislamiento del entorno social cuyas principales características son: desocializador, desintegrador, desidentificador, producidos como resultado de las nuevas relaciones sociales que se generan en el seno de éstos. Suscribe que “la reinserción se concibe así como la última fase de un proceso de recuperación social de tipo educativo o curativo consistente en la acción intensiva en un problema del sujeto”. Socialización es el proceso por medio del cual la persona aprende e interioriza, en el transcurso de su vida, los elementos socio- culturales de su medio ambiente y los integra en la estructura de su personalidad, bajo la influencia de experiencias y de agentes significativos, con el fin de adaptarse al entorno social en el que va a vivir⁸⁹². En definitiva, una correcta ponderación de los derechos fundamentales en el ámbito penitenciario obliga a ofrecer los métodos terapéuticos al recluso como algo diferente a la ejecución de la pena de prisión⁸⁹³.

A efectos de la cuestión planteada, interesa ver que el principio resocializador impuesto en los Centros penitenciarios opera como modulador en cuanto a la posible limitación de derechos, ya que, al ser un mandato constitucional, impone la obligación de interpretar los derechos fundamentales de una manera más favorable a su integración futura en la sociedad, lo que supone una obligación difusa, pero en ningún caso una cláusula absolutamente

⁸⁹¹ MANZANOS BILBAO, C., “Cárcel y marginación social. Contribución e investigación aplicada a la Sociedad Vasca”, cit., pp. 58-59. En este mismo sentido, PEITEADO MARISCAL, P., *La ejecución jurisdiccional de condenas privativas de libertad*, Edersa, Madrid, 2000, p. 69, cuando afirma que es uno de los instrumentos que el ordenamiento jurídico prevé para que la ejecución de estas penas no sea desocializadora. Pero, no olvidemos que la pena no puede dar un giro copernicano transformando en bondad y solidaridad lo que no es más que una acción represiva del Estado, MAPELLI CAFFARENA, B., “Tendencias modernas en la legislación penitenciaria”, *Derecho Penitenciario y Democracia*, Fundación El Monte, Sevilla, 1994, p. 32.

⁸⁹² MANZANOS BILBAO, C., “Cárcel y marginación social”, cit., p. 89, citando a ROCHER, H., *Introducción a la sociología general*, Herder, Barcelona, 1973, pp. 53-54.

⁸⁹³ MAPELLI CAFFARENA, B., “Sistema progresivo y tratamiento”, cit., p. 149.

abierta⁸⁹⁴. En definitiva, lo que caracteriza a nuestro ordenamiento jurídico con respecto a los derechos fundamentales es la imposible limitación de los mismos por ser la base del sistema constitucional.

5. ES LA REINSERCIÓN UN DERECHO DEL PRESO O DE LA SOCIEDAD

Atendiendo a las teorías de la prevención especial la reinserción del preso es un derecho de la sociedad para evitar que el sujeto en cuestión vuelva a reincidir en la delincuencia. A la pregunta ¿a qué clase de sociedad deseamos pertenecer?⁸⁹⁵, se responde que, si aceptamos la cárcel como indicador de la sociedad, no podemos gobernar las prisiones en diferente dirección al modelo de Estado en que nos encontremos, ya que la cárcel es la cara más amarga de la sociedad que le da vida⁸⁹⁶. En este sentido, Kriegsmann⁸⁹⁷ sustenta que cuanto más duro es el espíritu de un época, tanto más brutales y crueles serán los castigos disciplinarios de los establecimientos penales; cuanto más influjo alcancen los impulsos de humanidad, o aun de sentimentalismo, tanto más se dulcificará el encono del sistema penitenciario. Es Foucault⁸⁹⁸ el que defiende que las prisiones no disminuyen la tasa de criminalidad y se pueden extender, aumentar o multiplicar y la cantidad de crímenes y criminales se mantiene estable, y lo que es peor, aumenta.

⁸⁹⁴ URÍAS MARTÍNEZ, J., "El valor constitucional del mandato de resocialización", cit., p.77.

⁸⁹⁵ CHRISTIE, N., "Problems of Imprisonment in the World Today", *Monitoring prison Conditions in Europe* (report of a European seminar held in Marly-le Roi, París, 1997, p. 33; del mismo, *La industria del control del delito. ¿la nueva forma del holocausto?* Buenos Aires, 1993.

⁸⁹⁶ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Sistema penitenciario y revolución telemática.*, cit., p. 23.

⁸⁹⁷ KRIEGSMANN, N.H., *Preceptiva penitenciaria*, Madrid, 1917, p. 223.

⁸⁹⁸ FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar: el nacimiento de la prisión*, cit., p. 269.

Igualmente, me parecen muy ilustrativas las palabras de García Valdés⁸⁹⁹, al entender que en la cárcel existen dos tesis: las conservadoras y las revolucionarias. En cuanto a aquélla, se fundamenta en cambiar la sociedad y no cambiar de sociedad, variar el Derecho penal y penitenciario, no variar de Derechos punitivos; transformar, no mantener ni destruir. De este modo, Ruíz Miguel⁹⁰⁰ llega a sostener que la cárcel es un reflejo de las desigualdades sociales. Y, desde este punto de vista, Gudín Rodríguez⁹⁰¹ adopta la postura de que frente al fenómeno criminógeno y los delincuentes, hay una relación de interdependencia que se produce entre la pobreza económica e intelectual y el delito.

Con esta perspectiva, cabe subrayar, con Cervelló, que “[...] a primera vista parece que la pena de prisión no beneficia a nadie: ni al Estado, ni al delincuente, ni a la víctima”⁹⁰². Esta tesis, conlleva que al Estado le suponga un coste elevado el que una persona esté en prisión, y al delincuente lo único que le beneficia es el *supuesto* tratamiento penitenciario. En este mismo sentido, Gudín⁹⁰³ indica que realmente cabría pensar que la cárcel sólo subsiste por un sentimiento retributivo que se esconde en el corazón humano.

Pero el punto de partida es la Exposición de Motivos de la LOGP al indicar que la cárcel es un mal necesario, con esta perspectiva, cabe añadir, de otro lado,

⁸⁹⁹ GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la legislación*, cit., p. 21; en este sentido, las SSTC 89/1987, de 3 de junio, Fj. 2; 120/1990 de 27 de junio; 201/1997, de 25 de noviembre; 218/2002, de 25 de noviembre, todas ellas vienen a admitir que la pena privativa de libertad tiene un efecto y consecuencias degradantes para la persona, supone, asimismo, una restricción de la intimidad.

⁹⁰⁰ RUÍZ MIGUEL, A., “Principio de igualdad y Derecho penitenciario”, *Poder Judicial*, nº. 45, Madrid, 1997, p. 58.

⁹⁰¹ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑAS, F., *Sistema penitenciario*, cit., p. 27. Postura apoyada en la tesis de Howard, HOWARD, J., *El estado de las prisiones*, “the State of the Prisons in England and Wales with Preliminary Observations, and Account of Some Foreign Prisons”, Routledge/Thoemes Press, Londres, 2000.

⁹⁰² CERVELLÓ DONDERIS, V., “La reforma sancionatoria en el marco del sistema punitivo español”, *Poder Judicial*, nº. 28, Madrid, 1992, p. 50.

⁹⁰³ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑAS, F., *Sistema penitenciario*, cit., p. 32.

que es una exigencia para mantener el orden en la sociedad⁹⁰⁴. Por consiguiente, es contradictoria la situación de querer reinsertar a los reclusos cuando, en realidad, no queremos que las prisiones estén cercanas al núcleo de la sociedad⁹⁰⁵. La experiencia ha demostrado que para llevar una reeducación y una reinserción es preciso que la prisión se ubique en zonas próximas al núcleo urbano.

No es ocioso recordar aquí la tesis de Hobbes, ya que entendía que el hombre no es social por naturaleza sino por necesidad de supervivencia, es la llamada *teoría del pacto o contrato social*⁹⁰⁶, corroborando que la sociedad humana tiene su origen y fundamento en un pacto entre los individuos. De esa manera, Hobbes consideraba que la naturaleza humana es esencialmente egoísta y antisocial, más que asociarse los hombres tendrá a soportarse mutuamente, puesto que, al poseer la misma igualdad natural, todos tienen las mismas apetencias, los mismos anhelos y las mismas necesidades.

Después de este paréntesis, cabe subrayar que no se puede resocializar al margen de la sociedad, es decir, “no es lo mismo ser un buen preso que ser un buen ciudadano”⁹⁰⁷. Con esta idea, Millares hace hincapié en que la cárcel no es un mundo aparte, sino otro ámbito social que reproduce en su seno las características sociales que nutren los demás ámbitos, la jerarquía social con la imposición de autoridad por costas y la corrupción a ella conectada, sin control directo, abierto a la arbitrariedad del más fuerte⁹⁰⁸. En consecuencia, se ha

⁹⁰⁴ En un sentido crítico, se afirma que la sociedad es responsable de sus actos, como lo es cada individuo, se trata de establecer un equilibrio entre libertad y orden, FRANKL, V., *El Hombre busca su sentido*, Barcelona, 1979, p. 110.

⁹⁰⁵ Para saber más sobre el tema de cómo se gestiona, qué condiciones se necesitan para la creación de un Centro penitenciario y el impacto que supone el crear una prisión, ver “Impacto Socio- Económico de la implantación de un Centro Penitenciario”, Ministerio del Interior, 2007, en la obra destaca la consideración de los Centros penitenciarios como obras públicas de interés general.

⁹⁰⁶ Esta teoría, que está en la base del liberalismo clásico, ha sido defendida por autores como Hobbes, Locke y Rousseau. En contraposición se encuentra la teoría de la naturaleza social del hombre, sostenida por Aristóteles y Tomás de Aquino, entre otros, caracterizada porque el fundamento de la sociedad radica en la propia naturaleza humana que tiene una inclinación natural de vivir en sociedad.

⁹⁰⁷ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑAS, F., *La cárcel electrónica*, cit., p. 149.

⁹⁰⁸ *Ibidem*, p. 151.

demostrado ya de manera irrefutable, pese a los esfuerzos que puedan hacer la Administración central y las autonómicas, que tienen competencias asumidas en este campo, que la realidad degradante y corruptora de la cárcel impide de cualquier forma poner en práctica medidas institucionales que tiendan a paliar las falencias sociales y asistenciales en el camino del retorno de los internos a la vida en libertad⁹⁰⁹.

Pese a ello, a mi juicio, la cárcel, en cuanto a su existencia, simboliza el fracaso a la hora de imponer, a través de un tratamiento, normas básicas para la convivencia, porque la sociedad ha generado a personas inadaptadas socialmente. De manera que al preso se le adapta para que viva nuevamente en la sociedad, además de que tiene que ser adaptado para vivir en prisión bajo otras normas de corrección de conductas donde se persigue la inadaptación en el propio Centro penitenciario⁹¹⁰. Se puede entender que nos encontramos con una sociedad que quiere que el delincuente se resocialice, pero a la vez le etiquetamos, y en razón de lo mismo es rechazado, principalmente y en primer lugar, por el Estado operando como el creador de las cárceles para reeducar a personas inadaptadas. Más concretamente, podemos advertir que es el propio Estado el que establece la primera distinción entre derechos del ciudadano y derechos del preso, como por ejemplo, en el caso de contratar a alguien como funcionario el cual no debe tener antecedentes penales. En este mismo sentido crítico se sitúa Rodríguez Casado, cuando considera que el ex presidiario pierde credibilidad social en lo referente a su honradez personal y laboral⁹¹¹.

⁹⁰⁹ BERGALLI, R., "Ideología de la resocialización. La resocialización como ideología. La situación en España", *Papers d'Estudis i Formació*, 1987, Generalitat de Catalunya, Barcelona, p. 59. En el mismo sentido se expresa MUÑOZ CONDE, F., "La prisión como problema: resocialización versus desocialización", *Papers d'Estudis i Formació*, 1987, Generalitat de Catalunya, Barcelona, p. 79.

⁹¹⁰ RODRÍGUEZ CASADO, J. N., *Vivir en Centro Penitenciario. Análisis criminológico del internamiento*, Bilbao, 2005, en el que se detalla los trastornos somáticos y los efectos psicológicos; PINATEL, J., *La sociedad criminógena*, Aguilar, Madrid, 1979; BAYÓN GUAREÑO, F., *Entrenamiento en habilidades sociales complementado con tecnología videográfica como técnica de reducción de conductas agresivas de los internos de Instituciones Penitenciarias*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992.

⁹¹¹ RODRÍGUEZ CASADO, J. N., *Vivir en Centro Penitenciario*, cit., p. 61.

Estamos, pues, ante una función preventiva del sistema penal y, con independencia de que sea general o especial, en lugar de prevenir futuras conductas delictivas, las promueve⁹¹². La alta reincidencia es una muestra de que el sistema penal es uno de los factores determinantes de brillantes y verdaderas carreras criminales, después de un proceso de marginación que suele iniciarse en la infancia y termina en la cárcel⁹¹³. En palabras de Zaffaroni “el sistema penal, por injusto que sea, debe tener en cuenta que debe ser más o menos represivo según las personas a las que se dirige”⁹¹⁴. Y para Manzanos Bilbao, “el mismo sistema, que crea y necesita la existencia de la marginación, precisa de las cárceles para garantizar la fidelidad a sus normas mediante la dinámica premio-castigo. En estas condiciones, una auténtica resocialización, más que incidir en el comportamiento social desviado, para convertirlo en integrado, debería dirigirse a corregir las causas que generan la existencia de la marginación que nutre las cárceles, y este propósito está totalmente fuera del alcance de lo carcelario, de las intenciones del poder y de la lógica de las relaciones de dominación que regulan la vida social”⁹¹⁵. Es decir, se trata de convertir al recluso en alguien que no sea problemático para la prisión.

⁹¹² SÁNCHEZ CONCHEIRO, M^a T., *Para acabar con la prisión. La mediación en el Derecho Penal. Justicia de proximidad*, cit., p. 87.

⁹¹³ Afirma que el sistema penal selecciona personas pertenecientes a determinados grupos y no acciones delictivas, se trata del individuo etiquetado de peligroso y que asume su rol. *Ibidem*, pp. 87-88.

⁹¹⁴ ZAFFARONI, E. R., *Manual de Derecho Penal*, Ediar, Buenos Aires, 2001, p. 36; del mismo, “El enemigo en los discursos jurídico-penales y criminológicos”, *El enemigo en el Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 81-107.

⁹¹⁵ MANZANOS BILBAO, C., “Reproducción de lo carcelario: el caso de las ideologías resocializadoras”, cit., p. 128. Desde este punto de vista considera que “el tratamiento penitenciario se convierte en un medio, en un instrumento, en uno de los recursos tecnológicos fundamentales para garantizar la custodia y vigilancia en las prisiones”; ADELANTADO GIMENO, J., *Orden cultural y dominación. La cárcel en las relaciones disciplinarias*. Tesis Doctoral, Departamento de Sociología, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1991.

Una solución, sería la seguidora de la teoría de la Asociación Diferencial⁹¹⁶ que, al considerar que las motivaciones, los valores, y los comportamientos de actos criminales son aprendidos, se habla de *sub-cultura delictiva*, debiendo ser la familia la encargada de transmitir al individuo una serie de valores de respeto a la ley. Atendiendo a la Regla 5 de las Reglas Penitenciarias Europeas dictamina que la vida en la prisión se adaptará en la medida de lo posible a los aspectos positivos de la vida en el exterior de la prisión. Para Mapelli⁹¹⁷, la cárcel debe ser un reflejo de la sociedad libre. Lo llama *principio de normalización social* indicando que se llega a ella por los caminos de la humanización del castigo mejor que con pretensiones rehabilitadoras. La prisión no puede añadir más castigo al condenado que la privación de su libertad ambulatoria. No hay razón para que la vida dentro de una prisión se trate de prisionalizar, como dice la Regla 7: “La cooperación con los servicios sociales externos y, en tanto que sea posible, la participación de la sociedad civil en la vida penitenciaria debe de garantizarse”. Lo que operaría como “la cultura de la emergencia”⁹¹⁸ con la creación de leyes penales, procesales y ejecutivo-penales, puesto que la privación de libertad se representa con cárceles de custodia y cárceles de máxima seguridad, es decir, se pretende un control social a situaciones de emergencia (entre ellas el terrorismo).

A la luz de lo examinado, cabe afirmar que la prisión opera en la sociedad bajo el principio de necesidad, aunque no es la única medida posible, en un sentido crítico, cabe sostener que mientras que, de un lado, tiene como objetivo y fin la reinserción, de otro, da lugar a la desocialización y desvinculación del mundo real. En suma, la función principal del Estado social y democrático de Derecho no es que las cárceles desaparezcan, pero sí que se mejore la calidad de vida en las mismas.

⁹¹⁶ Teoría expuesta por el sociólogo norteamericano Sutherland, 1966, deduce que “el comportamiento y los valores se aprenden en el curso de la vida social y se expresan en sistemas de trabajo, ideas y modos de relación comunes”.

⁹¹⁷ MAPELLI CAFFARENA, B., “Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, nº. 8, 2006.

⁹¹⁸ MAPELLI CAFFARENA, B., “Cárcel y Derechos Humanos”, *Revista 7*, disponible en www.cienciaspenales.org, Barcelona, 1991.

6. LA CÁRCEL COMO FACTOR SOCIAL

6.1. ¿POR QUÉ CASTIGAR?

Es factible que la sociedad reaccione frente a los delitos y busque soluciones para mantener la paz social que se proclama en el artículo 10 de la CE pero, de otro lado, se hacen necesarias unas garantías constitucionales y una seguridad jurídica que aparece como fundamento de los derechos⁹¹⁹. El que nuestro Estado sea Estado social y democrático de Derecho hace que actúe para hacer efectivos derechos reconocidos en la Constitución; supone la existencia de límites al Poder, por la separación de poderes, por la exigencia de los poderes públicos al sometimiento del principio de legalidad y al principio de obediencia⁹²⁰. En consecuencia, según Ferrajoli “[...] la ausencia de las garantías equivale a una inobservancia de los derechos positivamente estipulados, por lo que consiste en una indebida laguna que debe ser colmada en la legislación”. Dice que si confundimos derechos y garantías resultarán descalificadas en el plano jurídico las dos más importantes conquistas del constitucionalismo de este siglo, es decir, la internacionalización de los derechos fundamentales y la constitucionalización de los derechos sociales, reducidas una y otra, en defecto de las adecuadas garantías, a simples declamaciones retóricas o, a lo sumo, a vagos programas políticos jurídicamente irrelevantes⁹²¹.

Por esto, cabe subrayar el interrogante de ¿por qué castigar? Esta pregunta puede ser comprendida en dos sentidos diferentes: a) por qué existe la pena, es decir, por qué se castiga; y b) por qué debe existir la pena, esto es, por qué se debe castigar⁹²². El primero responde a un problema científico, que admite respuestas de carácter empírico formuladas mediante proposiciones asertivas verificables y refutables, o de las que en cualquier caso es posible creer que son verdaderas o falsas. El segundo problema es, por el contrario, filosófico, que admite respuestas éticas. La cuestión política se formula mediante

⁹¹⁹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales*, cit., pp. 211-212.

⁹²⁰ *Ibidem*, p. 504.

⁹²¹ FERRAJOLI, L., “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, cit., pp. 26 y ss.

⁹²² FERRAJOLI, L., *Garantismo penal*, cit., pp. 321-322.

proposiciones normativas que, como tales, no son ni verdaderas ni falsas, sino sólo aceptables o inaceptables como justas o injustas.

Ferrajoli señala que la pregunta de por qué castigar depende de la frecuente confusión entre los distintos significados que cabe asociar a la misma, los diferentes problemas que expresa y los diferentes niveles y universos del discurso a los que pertenecen las respuestas que admite. Afirma que este debate también existe en las tendencias abolicionistas y justificacionistas. Seguidor de la pena mínima, es un medio y un fin: el fin de la minimización de la reacción violenta al delito⁹²³. En definitiva, el sistema penal es creado para un control social de la criminalidad en la sociedad, dicho control social lo que pretende es la nueva integración social. Por tanto, es necesario orientar la conducta y comportamiento de los ciudadanos y, a la vez, resolver los problemas planteados en la actividad criminológica de la sociedad, es el denominado por Ferrajoli⁹²⁴ *Derecho penal mínimo*, o principio de mínima intervención, como se llama en nuestro Estado español.

Según lo dicho, cabe subrayar que “la delincuencia como fenómeno y el delito como manifestación, son el resultado de una construcción social”⁹²⁵, de manera que no faltan las tesis de que se está en una “sociedad de mercado”, defendida por Taylor⁹²⁶ la cual promueve la desigualdad, ya que el trabajo remunerado es el que da los recursos necesarios para vivir en la sociedad, trabajo al que no tiene acceso la gente joven por lo que no facilita la socialización. En suma, se observa que la economía de mercado no ha sido capaz de proporcionar lo necesario a los ciudadanos. En opinión de Bergalli, lo que daba lugar a la sociedad de mercado eran “efectos sociales”, así como los problemas de

⁹²³ *Ibidem*, pp. 332 y 385-386. Define al delito como una violencia ocasional y a veces impulsiva y obligada, la pena siempre es programada, organizada por muchos contra uno.

⁹²⁴ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., pp. 230 y ss.

⁹²⁵ TORRENTE, D., *Desviación y delito*, Alianza Editorial, Madrid, 2001, pp. 74-75.

⁹²⁶ TAYLOR, I., “Free Markets and the Costs of Crime: An Audit of England and Wales”, en WALTON, P. y YOUNG, J., *The New Criminology Revisited*, Houndmills, Nueva York, 1998, pp. 234- 235.

la sociedad se debían a “la liberación de las fuerzas del mercado”, o a lo que alguna vez se habla de “la reducción del Estado de bienestar”⁹²⁷.

Por su parte, Young⁹²⁸ propone unas teorías criminológicas que arraigan en la imposibilidad de mantener los parámetros de vida absolutos que construyó la modernidad social, los cuales se esfumaron ante el pluralismo de valores, el resultado de la inmigración y la diversidad subcultural. Si bien el mundo social se fue convirtiendo en algo más diverso, sin embargo, se hizo más difícil, alentando la intolerancia y haciéndose más exclusivo. Esto es, lo que se intenta establecer es el modo de controlar la sociedad excluyente, a través de la criminología actuarial la cual se preocupa por minimizar el daño que por la justicia. No se preocupa de las causas del delito sino de las probabilidades del mismo.

En definitiva, se pretende una cárcel infinitamente reformada en cuanto a irreformable, que produce des-personalización, infantilización, expropiación del tiempo y de la comunicabilidad. La cárcel es, desde siempre, un lugar de contagio, de difusión de morbosidades que, en las diversas contingencias históricas, agrede a los más indefensos: pulmonías y escorbutos en las primeras galeras; infecciones de todo tipo, locura y promiscuidad en la época del Gran Internamiento; drogas y SIDA en la cárcel contemporánea⁹²⁹.

Ya señaló Bergalli⁹³⁰ la conflictividad por la que atraviesa nuestras sociedades y la utilización de los sistemas penales. Para Muñoz Conde⁹³¹, la

⁹²⁷ BERGALLI, R., “El nuevo paradigma criminológico de la exclusión social”, en la presentación de la obra de YOUNG, J., *La sociedad “Excluyente”. Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad tardía*, trad. de R. Bergalli y R. Sagarduy, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. XVIII; PREUSS, U.K., “El concepto de los derechos y el Estado del bienestar”, en OLIVAS CABANILLAS, E., (coord.) *Problemas de legitimación en el Estado social*, cit., pp. 65 yss.

⁹²⁸ YOUNG, J., *La sociedad “Excluyente”. Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad tardía*, cit., pp. 108 y ss.

⁹²⁹ GALLO, E. y RUGGIERO, V., *Il carcere immateriale. La detenzione come fabbrica di hándicap*, Sonda, Milan, 1989, p. 7, citado por RIVERA BEIRAS, I., “La cárcel y el sistema penal (en España y en Europa)”, en BERGALLI, R. y OTROS, *Sistema penal y problemas sociales*, cit., p. 385.

⁹³⁰ BERGALLI, R., *Sistema penal y problemas sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; del mismo, “Violencia y sistema penal. Fundamentos ideológicos de las políticas criminales

sociedad produce su propia delincuencia, siendo la sociedad la que deba ser objeto de una resocialización. Entendiendo que la resocialización supone un proceso de interacción y comunicación entre el individuo y la sociedad, a cuyas normas debe adaptarse el individuo⁹³². En este sentido, la sociedad tiene la delincuencia que se merece. Y Ríos Martín⁹³³ es partidario de caminar hacia la sustitución y progresiva desaparición de la cárcel como medio de solución de conflictos, evitar toda actuación de la Administración, tanto penitenciaria como judicial que no sea acorde con la dignidad humana.

A efectos de nuestro estudio interesa no desconocer que son muchos los que consideran que la delincuencia es producto de la sociedad de manera que debemos partir de la estructura general de la sociedad para resocializar a un preso, a un delincuente. Baratta considera que la resocialización es aquella que transforma una reacción individual e irracional, en conciencia y acción política dentro del movimiento de clase. El desarrollo de la conciencia de la propia condición de clase, y de las contradicciones de la sociedad por parte del condenado, es la alternativa puesta a la concepción individualista y ético-religiosa de la expiación, del arrepentimiento, de la Sühne⁹³⁴. Apuesta por una paulatina desaparición de la pena de privación de libertad, señalando como alternativa inmediata una mayor relación entre la comunidad carcelaria y libre.

Las tesis marxistas defienden los siguientes postulados⁹³⁵: la exculpación total o parcial del sujeto delincuente; la transformación social como objetivo

de exclusión social", en BERGALLI, R., RIVERA BEIRAS, I. y BOMBINI, G., (coords.), *Violencia y sistema penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008, p. 3.

⁹³¹ MUÑOZ CONDE, F., "La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito", cit., p. 93.

⁹³² *Ibidem*, p. 94. Este autor entiende que resocializar es recuperar para la sociedad; BERISTAIN, A., "La cárcel ¿se humaniza con el "opio" del pueblo?", *Eguzkilore*, nº. 6, 1993, San Sebastián, pp. 111-113.

⁹³³ RÍOS MARTÍN, J.C., *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel*, cit., p. 145.

⁹³⁴ BARATTA, A., *Criminología crítica y crítica del Derecho penal: introducción a la sociología jurídico-penal*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2004, pp. 43 y ss.

⁹³⁵ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p.50.

mediato del proceso resocializador; y la expectativa de una sociedad futura en la que la delincuencia no exista sino en forma de diversificación, lo que permitirá su integración y no su marginación y castigo. Esta teoría marxista se fija en dos objeciones fundamentales en cuanto al concepto de resocialización: a) reducir la etiquetación exclusivamente a un problema interaccional entre el sujeto y el sistema es erróneo o, al menos, insuficiente para aclarar en toda su dimensión el problema de la delincuencia; y b) tienden a establecer unas relaciones de dominio con la persona de la misma naturaleza que las que propugna el sistema que se trata de combatir.

Marx dice que la delincuencia no es otra cosa que la expresión de las contradicciones que caracterizan la dinámica de las relaciones de producción en una determinada fase del desarrollo económico-social. Es decir, que la delincuencia de la clase obrera no es sino la respuesta ciega e individual, el rechazo de los elementos menos aventajados de la sociedad a las contradicciones del sistema. El crimen y la desviación no constituyen campos específicos en mayor medida que la educación, la familia o el deporte, porque todos ellos son fenómenos sociales que tan sólo pueden ser aclarados a partir de las relaciones sociales de producción⁹³⁶.

Para Mapelli, la resocialización dirigida a la sociedad se entiende como un proceso por el que son atenuados los impulsos que motivan el castigo y se da paso con ello a un tratamiento positivo del asocial. El resultado será que la comunidad y el delincuente saldrían al encuentro en una relación de diálogo denominado "diálogo terapéutico" que en la actualidad se encuentra obstaculizado por la actitud agresiva de la comunidad hacia el delincuente. La técnica la resume en tres niveles⁹³⁷: a) el proceso de aclaración a la sociedad: se

⁹³⁶ Citado por MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 43; Haffke señala que cuando se establecen los fines del tratamiento, se trata de una relación de dominio respecto del sujeto que es él el que debe fijar los límites y aspiraciones del proceso resocializador, HAFFKE, "Ubre den Widerspruch von Therapie und Herrschaft, exempliziert an grundlegenden Bestimmungen des neuen Strafvollzugsgesetzes", cit., pp. 645-646; también lo dice RUNDE, P., "Resozialisierung als wissenschaftliches und sozialpolitisches Problem", cit., p. 119.

⁹³⁷ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p.37.

hace necesario poner en marcha campañas informativas en las que se expliquen las causas del delito y se potencie la ayuda desde la sociedad a la reinserción del delincuente; b) despenalización de algunas conductas y transferencias de parcelas de actuación del Derecho penal al Derecho civil; y c) compensación equitativa del daño producido. Muy estudiado por los defensores de la resocialización social.

6.2. CUÁLES SON LAS FUNCIONES DE LA CÁRCEL EN LA SOCIEDAD

La cárcel tiene unas funciones, pero tienen un fuerte componente simbólico de carácter legitimador y funcionan, por un lado, como encubridoras de una estructura material incompatible con ellas y, por otro, como refuerzo en tareas de gobernabilidad, se resume en: *la función formal o legislativa*, que es aquella que aparece en el artículo 25.2 de la CE, y en el ordenamiento penitenciario. Es decir, la función resocializadora del recluso, siendo preferentes en toda actividad penitenciaria, manifiesta Manzanos Bilbao, que esta función oculta la realidad social de la cárcel. Asevera que estas funciones son evaluadas como la historia de un fracaso a la luz de muy diversos indicadores y valoraciones, así, el incremento de las tasas de encarcelamiento y de reingresos, condiciones de hacinamiento, mayoría de la población con enfermedades graves, etc.⁹³⁸. Al respecto, argumenta que “sin embargo, estas funciones tienen un fuerte componente simbólico de carácter legitimador y funcionan, por un lado, como encubridoras de una estructura material incompatible con ellas y, por otro, como refuerzo en tareas de gobernabilidad que más adelante analizaremos. Estas funciones a menudo ocultan la realidad social de la cárcel que tiene que ver más con los otros dos tipos de funciones que mencionamos a continuación, y que son las que narran la historia de un sistema de ejecución de penas fundamentado en el encarcelamiento como un sistema exitoso”.

Otra sería la *función social* la cual puede ser simbólica o instrumental, en cuanto a la simbólica, y en relación con la definición social de qué es el delito y

⁹³⁸ MANZANOS BILBAO, C., “Funciones y objetivos de las prisiones. La cárcel contra el Estado de Derecho”, *Hika*, nº. 133, 2002, pp. 9-10. Este autor entiende que, atendiendo a las diferentes funciones la cárcel, es necesaria.

quiénes son los delincuentes, se construye la realidad social del delito a partir de la identificación de la delincuencia con los infractores de leyes penales y frecuencia y tipo de delitos que se perciben, de manera que son perseguidos (por la policía y el sistema penal), penalizados y encarcelados, entendiendo que los delincuentes son quienes están presos gracias a la actividad del Estado en la lucha contra el delito, luego el Estado es eficaz en la persecución y sanción de los criminales. En este sentido, la cárcel cumple con relevantes funciones de legitimación del Estado como supuesto garante de la seguridad ciudadana⁹³⁹.

En cuanto a la función social instrumental, ésta se entiende que la cárcel funciona como un espacio educativo para la producción de delincuentes adaptados a ella y a su papel social de chivos expiatorios de la necesidad de una delincuencia habitual, que justifica la protección de intereses de poder mediante formas de control policial, penal y carcelario, ocultando otros tipos de delincuencia infinitamente más graves y numerosos y engañando a los ciudadanos, haciéndonos creer que la cárcel es una herramienta eficaz en la prevención y lucha contra el delito; y, por último *la función política*, la cual también puede ser simbólica o instrumental. En cuanto a la simbólica, lo que pretende el Estado es básicamente desarrollar una acción coercitiva selectiva de tipo simbólico, para crear una imagen o representación clara que identifique el hecho de negarse a cumplir obligaciones con la probabilidad de ser encarcelado, evitando así desobediencias civiles. En relación a la función política instrumental, y con respecto a la disidencia política que utiliza la acción armada, funciona como una forma de control duro dentro de las llamadas estrategias antiterroristas y es un instrumento que busca directamente el aislamiento y la inhabilitación física y mental de los reclusos, así como su utilización para poder erradicar los movimientos de resistencia armada. Atendiendo a lo analizado, dichas funciones nada tienen que ver con la resocialización de los reos, sino que muy al contrario la imposibilitan.

⁹³⁹ Ver, HULSMAN, L. y BERNAT DE CELIS, J., *Peines perdues: le système pénal en question*, París, 1982, trad. de POLITOFF, S., *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, Ariel, Barcelona, 1984.

6.3. RELACIÓN SOCIEDAD-MUNDO CARCELARIO

Actualmente es necesaria la relación sociedad-prisión, de lo contrario el sistema penitenciario fracasaría⁹⁴⁰. La sociedad ha de contemplar el mundo penitenciario desde una doble perspectiva: antes de producirse el delito, asumiendo en términos cuanto más mayoritarios mejor, la idea de que el hecho realizado, tipificado como infracción penal, es, en efecto, un comportamiento gravemente insolidario merecedor de sanción de esta naturaleza (de ahí que el problema de la determinación de los ilícitos penales y de la correspondiente dosimetría punitiva ofrezca una dimensión sociológica importantísima). Y, después de acaecido el delito y cumplida la pena, cualquiera que sea la forma de cumplimiento, incluidos los llamados beneficios penitenciarios, debe tener una posición activa y dinámica de aceptación total de quien delinquiró, para integrarle plenamente otra vez en la Comunidad y facilitarle el camino para la efectiva realización de esta esencial finalidad⁹⁴¹.

Bergalli⁹⁴², por ejemplo, considera que le parece imposible insistir en el principio político de la apertura de la cárcel hacia la sociedad y, recíprocamente, de la apertura de la sociedad hacia la cárcel. Su tesis se basa en la argumentación de que uno de los elementos negativos de la institución carcelaria lo representa el aislamiento del microcosmos carcelario en relación con el macrocosmos social, representado por los muros de la cárcel. Son la consecuencia de que las oportunidades de resocialización sean mínimas. El argumento que defiende Baratta⁹⁴³, partidario del concepto de reintegración

⁹⁴⁰ Ver el estudio sobre la cárcel como sistema social de PABJAN, B., "Researching prison-a sociological analysis of social system", *Conferencia del 9 de diciembre de 2005*, Wrocław University, Wrocław, Polonia, disponible en www.indecs.eu, última consulta el 3 de diciembre de 2015.

⁹⁴¹ RUÍZ VADILLO, E., "La sociedad y el mundo penitenciario, (La protección de los derechos fundamentales en la cárcel)", cit., pp. 63-78, y n.º. extraordinario 13, 1999, pp. 206-207.

⁹⁴² BERGALLI, R., "Esta es la cárcel que tenemos..., (pero no queremos)", en RIVERA BEIRAS, I., *Cárcel y Derechos Humanos: un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 172 y ss.

⁹⁴³ BARATTA, A., "Resocialización o control social: por un concepto crítico de "reintegración social" del condenado", Ponencia del Seminario "Criminología crítica y

social, indica que significa, antes que transformación del mundo separado de la sociedad (se refiere a la cárcel), transformación de la sociedad que reasuma aquella parte de sus problemas y conflictos que se encuentran *segregados* en la cárcel. Reintegración social del condenado significa, por lo tanto, ante todo corregir las condiciones de exclusión de la sociedad activa de los grupos sociales de los que provienen, para que la vida postpenitenciaria no signifique simplemente el regreso de la marginación secundaria a la primaria del propio grupo social de pertenencia y desde allí una vez más a la cárcel. Es por ello por lo que defiende la tesis de desarrollo de estrategias sobre condiciones culturales y políticas que permitan a la sociedad “liberarse de la necesidad de la cárcel”⁹⁴⁴.

Desde este punto de vista, la reinserción social está en función de un complejo entramado de factores personales y sociales interactuantes, la mayoría de los cuales, los más relevantes caen fuera del alcance de la intervención penitenciaria. Las actividades de tratamiento ejercidas directamente sobre el interno serían, además de poco eficaces, injustas, si al mismo tiempo no se actuara sobre las estructuras sociales y económicas. Considera este autor que la reinserción social, como meta ideal de las Instituciones Penitenciarias, se debe entender desde dos perspectivas o niveles de actuación: a) en cuanto a la resocialización penitenciaria o actuación sobre el interno sino sobre los propios Centros penitenciarios, tratando de llegar a un cumplimiento de la pena privativa de libertad en condiciones tales que posibiliten una vida digna, una convivencia humana, el respeto de los derechos de los internos, y b) desde la perspectiva del tratamiento penitenciario, como conjunto de actuaciones basadas en las Ciencias Sociales y de la Conducta, llevadas a cabo sobre el sujeto que cumple una pena de prisión, a fin de modificar los indicadores

sistema penal”, Comisión Andina Juristas y la Comisión Episcopal de Acción Social, Lima, 1990, p. 210.

⁹⁴⁴ BRAITHWAITE, J., *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989; del mismo, junto con PETTIT, P., *Not Just Deserts. A Republican Theory of Criminal Justice*, Clarendon Press, Oxford, 1990, pp. 78-101.

teóricamente relevantes de su conducta delictiva y aumentar así su capacidad de vivir respetando la Ley pena⁹⁴⁵.

La idea original de resocializar para el condenado ha ido cediendo terreno a la de resocializar para la sociedad⁹⁴⁶. Ilustrativamente, dice Mapelli que, desde el siglo XIX, las metas resocializadoras han servido como un poderoso freno para evitar que la desaparición de las penas corporales arrastraran a la prisión. Afirma que, actualmente, la cuestión penitenciaria se explica por la crisis de los fines resocializadores y por la crisis del propio Estado de bienestar. El descrédito de la resocialización, unido al alto costo del modelo terapéutico de prisión, es desproporcionado con los resultados que del mismo se obtienen. Ello junto a una desmesurada exigencia de seguridad ciudadana han avalado la vuelta a una justicia medida en razón de su eficacia y funcionalidad. En el ámbito penitenciario este renovado interés por el neoretribucionismo recoge los frutos de las críticas que han merecido los sistemas resocializadores que permiten que los órganos judiciales, o incluso penitenciarios, no sólo puedan elegir la respuesta al delito en el caso concreto (*sentencing*) sino también personar al condenado en base a la evaluación del éxito del tratamiento.

Por su parte, se puede hacer una distinción entre sociedad existente y sociedad que se deriva del ordenamiento para referirse a la readaptación social⁹⁴⁷, recibiendo críticas por parte de la doctrina -entre ellos, Álvarez García y Muñoz Conde⁹⁴⁸-. La crítica más consistente al pensamiento resocializador es la que entiende que ha sido una importación impertinente que está abocada a constituirse en un mero principio sin aplicación, dado, sobre todo, que los resultados habidos en los países que han realizado grandes esfuerzos económicos

⁹⁴⁵ GARCÍA GARCÍA, J., "Las Técnicas de modificación de conducta: su aplicación penitenciaria", en SANCHA MATA, V. y MIGUEL TOBAL, J.J., (comp.) *Tratamiento Penitenciario: su práctica*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, p. 72.

⁹⁴⁶ MAPELLI CAFFARENA, B., "Tendencias modernas en la legislación penitenciaria", cit., pp. 21-22 y 24.

⁹⁴⁷ CÓRDOBA RODA, J., *Culpabilidad y pena*, Barcelona, 1977, p. 65.

⁹⁴⁸ Entre ellos, ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., "La reeducación y reinserción social en el momento de la conminación" cit., pp. 43 y ss.; MUÑOZ CONDE, F., "La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito", *La reforma del Derecho Penal*, Bellaterra, Barcelona, 1980, pp. 66 y ss.

y humanos en programas resocializadores han sido más bien magros⁹⁴⁹. Estimándose que no parece que haya mucha diferencia entre el modelo de resocialización allí diseñado, el cual no dista sustancialmente del modelo de socialización previsto para el resto de los ciudadanos, basado fundamentalmente sobre el respeto y disfrute de sus derechos fundamentales y el desarrollo integral de su personalidad. No cabe, por tanto, plantear en España fuertes contradicciones entre el modelo resocializador y el sistema social y democrático de Derecho establecido por la Constitución, remitiendo la cuestión de la legitimidad de la intervención resocializadora a los métodos empleados y el respeto de la libertad individual del condenado⁹⁵⁰.

Esta relación sociedad-prisión también ha sido analizada por Mapelli⁹⁵¹, señalando que la resocialización penitenciaria no tiene como objeto inmediato la persona del condenado, cuya reinserción social se representa tan sólo como algo deseable, sino la propia pena privativa de libertad. Así indica que “la reinserción supone favorecer el contacto activo recluso comunidad [...], siendo preciso que la administración penitenciaria inicie un proceso de rehabilitación de los contactos sociales del recluso, atenuando la pena cuando ello sea posible o bien haciendo que la vida que se desarrolle dentro del establecimiento penitenciario se asemeje a la vida en libertad”. Establece que, desde un punto de vista socio-jurídico, resocializar la prisión consiste en ajustar la estructura penitenciaria a los mandatos y exigencias legislativos, a los principios orientadores de las penas privativas de libertad: la reeducación y reinserción social, entendidas como evitar los efectos perjudiciales o desocializadores de la aplicación de penas de

⁹⁴⁹ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., “La reeducación y reinserción social en el momento de la conminación” cit., p. 47, citando además a PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva de la pena*, Madrid, 1986, p. 243; MORSELLI, E., “Neo-retribucionismo y prevención general integradora en la teoría de la pena”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, nº. 1, 1995, pp. 266 y ss.

⁹⁵⁰ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria”, cit., p. 16.

⁹⁵¹ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 101 citado por MANZANOS BILBAO, C., “Cárcel y marginación social: contribución crítica e investigación aplicada a la sociedad vasca”, *Garkoa, liburuak*, Donosita, 1991, p. 126.

prisión. Se puede estimar que una reinserción social nunca puede funcionar si el preso vuelve al mismo lugar que originó el hecho delictivo. La cárcel es la privación de un tiempo abstracto de libertad⁹⁵², siendo al mismo tiempo antiliberal, desigual, atípico, extra-legal y extra-judicial, al menos en parte, lesiva para la dignidad de las personal, penosa e inútilmente aflictiva⁹⁵³.

7. SOLUCIONES PARA REINSERTAR

7.1. POSIBLES RECOMENDACIONES

Se barajan infinidad de tesis para que los presos se resocialicen, algunas de ellas se pueden resumir en los siguientes puntos: Desvincularse de la sociedad en los aspectos negativos que le han llevado a la comisión del hecho delictivo y, en consecuencia, a la privación de libertad; Reforzar los vínculos familiares y allegados, tanto en visitas como en comunicaciones, una familia es la condición más imprescindible, supone el refuerzo de los lazos con los miembros de su hogar ante las situaciones de desvinculación y conflicto que han deteriorado la vida familiar como núcleo de pertenencia y de referencia primaria; Necesidad de un trabajo que le aporte estabilidad e independencia; Cambiar de grupo de relaciones, círculos de relación donde priman una actividad vinculada a la actividad delictiva; Acercamiento de medios de transporte público a los centros penitenciarios para evitar el aislamiento y favorecer la posibilidad de aproximación a las familias y a la vida ordinaria donde debe reinsertarse el preso.

⁹⁵² FERRAJOLI, L, *Derecho y razón*, cit., p. 412.

⁹⁵³ *Ibidem*, pp. 413 y 415. Por otro lado, Villarejo aboga por la abolición de la pena privativa de libertad, o al menos su reducción, entendiéndose que una vez reducidas pierde sentido los argumentos humanitarios con los que se defiende la flexibilidad de las penas, VILLAREJO, J., Prólogo de la obra de ARNANZ, E., *Cultura y Prisión. Una experiencia y un proyecto de acción sociocultural penitenciaria*, Popular, Madrid, 1988, p. 6, citado por RIVERA BEIRAS, I., "Los derechos fundamentales en la privación de la libertad. (Análisis socio-jurídico de la normativa internacional)", en RIVERA BEIRAS, I., (coord.), *Cárcel y Derechos Humanos: un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 27.

Hay autores que hablan de un *acercamiento ecológico* a la prisión, es el caso de Garrido Genovés. Ello se produce porque hay un escenario de conducta donde las relaciones entre el ambiente y sus moradores han de estudiarse con objeto de disponerla para obtener su mejor función y rendimiento. La rehabilitación será eficaz si se llega a comprender que “la institución penitenciaria es un *setting* o ambiente donde reclusos y funcionarios interactúan y se influyen de manera continua. Recordemos que la adopción de una estructura organizacional determinada tiene mucho que ver con las conductas que en ella se generan”⁹⁵⁴.

Por tanto, las funciones resocializadoras de la pena privativa de libertad han de proyectarse con preferencia en la actividad penitenciaria; excediendo de la mera labor de custodia. Han de centrarse, por ello, en que la ayuda se convierta en realidad para que no se vuelva a delinquir, no debiendo confundir el sentido de la persona humana con el acto llevado a cabo⁹⁵⁵. Pero el sistema carcelario no tiene como objetivo la resocialización de las personas presas, sino como todo sistema, su objetivo es auto reproducirse, perpetuarse, y para ello se alimenta de sus propias paradojas y auto justificaciones⁹⁵⁶.

Se deben realizar una serie de soluciones en dicho ámbito como tener en cuenta que la tortura no es la solución de la reinserción del preso, fin último y primordial de toda prisión, estableciendo un sistema de garantías que permitan al preso denunciar ante los Juzgados los actos violentos y los abusos de poder

⁹⁵⁴ Es el caso de Garrido Genovés, ver la cita que hace de él REDONDO, S., “Evaluar e intervenir”, cit., pp. 68-69.

⁹⁵⁵ FERNÁNDEZ CUEVAS, V., “Regeneración del preso”, *Temas españoles*, nº. 27, Madrid, 1953, pp. 4-5. Hay que hacer que el preso tenga responsabilidades y tener en cuenta que “un mal paso, una desgracia fatal, un tropiezo en la vida, puede tenerlo cualquiera en circunstancias adversas. Lo que hace falta es entereza para reconocer el error y voluntad para encaminarse por nuevos senderos hacia metas más nobles y tareas más patrióticas”.

⁹⁵⁶ Sobre las lamentables condiciones materiales en prisiones, ver los recientes informes de la Asociación pro Derechos Humanos de Madrid, realizados por encargo de la DGIP, publicados bajo el título de *Informe sobre la situación de las prisiones en España*, Madrid, 2000; RÍOS, J., *Mil voces presas*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1998; RIVERA BEIRAS, I., *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La cárcel, los movimientos sociales y una cultura de la resistencia*, Bosch, Barcelona, 1993.

realizados por personal de las Instituciones penitenciarias, una rápida y mayor intervención por parte del Ministerio Fiscal en la investigación de los posibles malos tratos y abusos de poder, así como la exigencia de responsabilidades por las conductas imprudentes de la autoridad que pueden provocar desde una enfermedad hasta la muerte del preso. Otra solución sería, el no aplicar normas innecesarias a conductas de los presos, así como considero que sería necesario un cambio legislativo donde se modificasen los distintos grados a los que puede pertenecer un preso atendiendo al delito cometido y agresividad del preso o modificar castigos como las celdas de aislamiento que pueden traer consecuencias destructivas así como una tortura psicológica añadida a lo que supone el estar en prisión.

El problema es que la reinserción social no se puede entender en términos estrictamente jurídicos sino que hay que completar su interpretación con los conocimientos criminológicos relacionados con las variables del delito y las posibilidades reales de prevención y de tratamiento⁹⁵⁷, y en virtud de tales criterios se ha comprobado la viabilidad de los siguientes efectos:

- . Disminución de la nocividad de la prisión: aislamiento y sanciones deben ser excepcionales para conseguir la humanización de la prisión.
- . Tratamiento educativo dirigido a cubrir necesidades sociales: instrucción, formación laboral, habilidades sociales.
- . Tratamientos específicos: adicciones, libertad sexual, violencia doméstica, etc.
- . Duración razonable de la condena ya que si es desmesurada produce daños irreversibles.

Sin embargo, todos estos objetivos chocan con la situación real de la prisión no sólo en España sino también en otros países europeos, que pese a reconocer la

⁹⁵⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., "Tendencias del actual Derecho Penal" *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*. UNED Madrid 2001, p. 49. Se encuentra recogido además por CERVELLÓ DONDERIS, V., "El sentido actual del principio constitucional de reeducación y reinserción social", *Presente y futuro de la Constitución española de 1978*, Universidad de Valencia, Valencia, 2005, pp. 217-233.

ineficacia e injusticia de la prisión son testigos inertes ante la expansión de la prisión.

7.2. EL TRABAJO PENITENCIARIO COMO TRATAMIENTO RESOCIALIZADOR

En la actualidad, el trabajo, junto con la educación, son básicos para el tratamiento y la reinserción del preso⁹⁵⁸. La mayor parte de la doctrina -De la Cuesta Arzamendi, entre ellos- entiende que la actividad laboral es el elemento central del régimen penitenciario, a modo de organización de la convivencia en prisión y que el trabajo es la única vía efectiva contra la tan nociva vida penitenciaria, ociosidad de los internos, aludiéndose también a sus importantes virtudes disciplinarias⁹⁵⁹. Esta idea de que el trabajo está orientado a la consecución de la reinserción es dominante en la doctrina científica⁹⁶⁰, pese a ello, Muñoz Conde y García Arán⁹⁶¹, consideran que el trabajo en las prisiones debería concebirse no como actividad resocializadora dirigida a inculcar hábitos en el recluso sino, simplemente, como medio para evitar los efectos gravemente desocializadores de la prisión.

Más dónde mejor se observa la finalidad del trabajo penitenciario es en la Exposición de Motivos del ya derogado Decreto 2705/1964, de 27 de julio, sobre el régimen y funcionamiento de Trabajos Penitenciarios al estimar que “el trabajo penitenciario sea considerado como una actividad normal del recluso que se pretende sea realizada en condiciones similares a las del trabajador, libre,

⁹⁵⁸ Así lo indican los arts. 26 de la LOGP y 132 del RP.

⁹⁵⁹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Un deber (no obligación) y Derecho de los privados de libertad: el trabajo penitenciario”, cit., p. 99.

⁹⁶⁰ Ver MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, cit., pp. 216 y ss.; DE LA MORENA VICENTE, E., “Situación y desarrollo de la normativa laboral penitenciaria”, *La normativa laboral penitenciaria*, Primeras Jornadas de trabajo del Organismo Autónomo Trabajos Penitenciarios, Madrid, 1982, pp. 45 y ss.; GARCÍA VALDÉS, C., *El trabajo penitenciario en España*, Dirección General de Instituciones Penitenciarias, Madrid, 1979, pp. 29 y ss.; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “El trabajo de los internos en el Derecho penitenciario español”, en VV.AA. *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, p. 207.

⁹⁶¹ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 573-574.

sin embargo, porque a su naturaleza respecta, prevalece con carácter fundamental la finalidad de servir de base a: tratamiento del recluso en orden al cumplimiento de las penas privativas de libertad con su primordial función resocializadora”⁹⁶². Así como en el artículo 3 del mismo texto se establece que son funciones de Trabajos Penitenciarios: a) La organización del trabajo penitenciario como actividad habitual del recluso y con la finalidad primordial de su resocialización. Esto es, reintegrar en la sociedad al privado de libertad. Atendiendo a la legislación penitenciaria actual, el trabajo es considerado como una actividad básica en la vida del Centro, y atendiendo al artículo 26 de la LOGP, como elemento fundamental del tratamiento, pese a que el artículo 132 del RP indique que se considerará como tal cuando únicamente resulte de la formulación de un programa individualizado.

En resumen, la actividad laboral de los presos en los Establecimientos penitenciarios se incluye en 1976 en el ámbito del Derecho del trabajo. Para que el trabajo sea resocializador debe estar encaminado a que, una vez cumplan la pena privativa de libertad, consigan un empleo, debiendo ser, por tanto, el trabajo resocializador un trabajo equiparado al que hay en el exterior⁹⁶³.

La doctrina mayoritaria manifiesta que hay una serie de requisitos para considerar al trabajo penitenciario como resocializador, así advierte que debe haber una asimilación del trabajo penitenciario al trabajo *libre*. La doctrina cuestiona el aspecto económico, que es el que difiere del trabajo *libre*. Esta asimilación se refiere a la planificación, organización, a las condiciones de prestación, es decir, un salario, la Seguridad Social, derechos, etc., sobre todo, porque estamos ante el mismo derecho fundamental⁹⁶⁴.

⁹⁶² En este sentido resocializador también se pronuncia el TEDH, Sala 2º, en Sentencias de 30 de mayo de 1992 y 18 de febrero de 1994.

⁹⁶³ Sobre el tema, SIMÓN, F.H., *Prisoners' work and vocational training*, Routledge, Londres, 1999.

⁹⁶⁴ GARCÍA BÁSALO, J.C., *La integración del trabajo penitenciario en la economía nacional, incluida la remuneración de los reclusos*, Informe presentado al Segundo Congreso de las Naciones Unidas sobre la prevención del delito y tratamiento del delincuente, A/Conf. 17/1, Londres, 8- 20 de agosto de 1960. Disponible en www.asc41.com, última consulta el 20 de enero de 2010. Indica que “el recluso sepa que el trabajo que realiza tiene el mismo carácter, igual sentido y mismo valor social que el trabajo libre que tal

De otro lado, la doctrina minoritaria piensa que la consecuencia inmediata de la asimilación del trabajo penitenciario al trabajo en general habría de ser la regulación absoluta del mismo por el Derecho del Trabajo y no por el Derecho Administrativo como lo es todavía en la actualidad⁹⁶⁵. No obstante, la doctrina es unánime cuando mantiene que se debe facilitar el trabajo en los Centros penitenciarios como criterio básico para la vida diaria de los presos como derecho fundamental y como tratamiento penitenciario, a fin de preparar a los reclusos para las condiciones normales del trabajo libre. Esta asimilación supone adaptarse en cuanto a sistemas y métodos a la economía del trabajo *libre* de la sociedad actual, es decir, que el trabajo penitenciario adopte la organización generalizada en el mundo industrial y mercantil: el régimen de empresa⁹⁶⁶.

Es el artículo 27.2 de la LOGP el que manifiesta que todo trabajo directamente productivo que realicen será remunerado. Pero habría que especificar qué se entiende por trabajo productivo⁹⁶⁷, además, entra en colisión con el artículo 25.2 de la CE en el que se especifica que todo trabajo será remunerado, y no exclusivamente el trabajo productivo. Así, para Alonso Olea y Casas Baamonde⁹⁶⁸, el trabajo productivo es aquél a través del cual se provee al hombre de los medios materiales o bienes económicos que precisa para

vez ejecutaba antes de su internación y que el que efectuará al reincorporarse a la sociedad”.

⁹⁶⁵ Es el caso de BUENO ARÚS, F., “Algunas cuestiones fundamentales sobre el trabajo penitenciario” cit., p. 4.

⁹⁶⁶ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *El trabajo penitenciario resocializador*, cit., p. 190, conclusión precipitada según su opinión; BELAUSTEGUI MÁS, C., *Fundamentos del trabajo penitenciario*, cit., pp. 343 y ss.

⁹⁶⁷ Para ampliar conocimientos sobre el tema, REICH, R.B., *The Work of Nations*, Vintage Books, Nueva York, 1992, pp. 85-86; MARX, K., *El Capital*, Los libros de la Frontera, Barcelona, 2001, p. 294; SMITH, A., *La riqueza de las Naciones*, vol. I, libro II, Cap. 3, Alianza Editorial, Madrid, 1996, p. 387; HAINAUT, L., “Educación y trabajo productivo”, *Cuadernos de Trabajo*, nº. 1, CIDEA, 1991.

⁹⁶⁸ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.E., *Derecho del Trabajo*, Cívitas, Madrid, 2001, p. 41; MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 159, expresa que “el trabajo asalariado es trabajo productivo”.

subsistir, siendo indiferente que el fruto directo de su trabajo sea un bien consumible directamente o uno que sirva para procurarse otros. Este trabajo productivo se materializa en la inserción laboral de los presos a través de los talleres⁹⁶⁹. Se traduce en la posibilidad de que la labor de los talleres se asemeje a las empresas del exterior para favorecer la adaptación. En consecuencia, supone, no sólo que la Administración facilite trabajo, sino, además, en la posibilidad por parte de las empresas de que proporcionen puestos de trabajo en el interior de la cárcel. Esto haría que un mayor número de reclusos tuviesen la posibilidad de trabajar y, en suma, de reinsertarse.

Por su parte, la integración del trabajo penitenciario debe suponer que el recluso sepa que el trabajo que realiza tienen el mismo carácter, igual sentido y el mismo valor social que el trabajo libre, porque tan sólo el trabajo realizado en estas condiciones le hará sentirse vinculado a la comunidad y le dará el sentimiento de participar con su esfuerzo diario en el desarrollo económico y social⁹⁷⁰.

A la luz de lo examinado, hay que subrayar que la LOGP habla de “formativo, creador o conservador, productivo o terapéutico”, y el Reglamento, exclusivamente, de “productivo”⁹⁷¹. La distinción entre trabajo productivo y no productivo o improductivo, fue planteada en el siglo XVIII por los economistas franceses de la escuela fisiocrática en relación con la agricultura considerando que sólo ésta era capaz de generar un excedente o un producto neto, teoría criticada por los economistas clásicos, aunque Smith⁹⁷², Stuart Mill, etc., entre

⁹⁶⁹ Tener en cuenta la Circular 2/2001, de 14 de febrero de criterios para la aplicación del itinerario para la inserción laboral de los reclusos.

⁹⁷⁰ GARCÍA BÁSALO, J.C., “La integración del trabajo penitenciario en la economía nacional, incluida la remuneración de los reclusos”, cit., p. 8; en este sentido DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Un deber (no obligación) y derecho de los privados de libertad: el trabajo penitenciario”, cit., p. 107.

⁹⁷¹ Arts. 26 c) y 132 respectivamente. En sentido similar la Regla 71.3 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los reclusos al decir “Se proporcionará a los reclusos un trabajo productivo [...]”.

⁹⁷² Las teorías de Smith fueron las más aceptadas por la doctrina, distinguiendo entre trabajo productivo e improductivo en relación con el crecimiento de la economía del país. Entiende que “trabajo productivo es el que añade valor al objeto en que se emplea [...] se incorpora y realiza en algún objeto concreto o mercancía vendible, que dura algún

otros, trataron de especificar la cuestión. Por su parte, el antes Tribunal Central de Trabajo entendía que el trabajo no productivo era aquel trabajo que atendía a fines de consumo y no de producción directa. Y, dentro de la doctrina contemporánea, Mapelli⁹⁷³ asevera que es trabajo productivo el realizado para empresas y para la Administración penitenciaria, con algunas especialidades en las actividades de formación profesional.

De otro lado, se habla del requisito de la obligatoriedad. Se ha discutido, por la doctrina, si el trabajo penitenciario debe o no ser obligatorio, Montesinos ya había señalado en su momento que el trabajo en prisión debía ser obligatorio, aflictivo, formativo, útil, remunerado y adaptado en cierto modo a las condiciones de la vida libre⁹⁷⁴. Esta postura se apoya en argumentos represivos, es decir, en la propia obligatoriedad de la pena constituyendo la actividad laboral una “modalidad de ejecución” de la misma⁹⁷⁵. En definitiva, es plausible que el Estado ponga a trabajar al preso y se aproveche de su esfuerzo⁹⁷⁶. Al respecto, la doctrina utilitarista es defensora de la obligatoriedad

tiempo tras la finalización del trabajo. En cierta forma es como una cantidad de trabajo almacenada y conservada para su empleo cuando se necesite para alguna ocasión. Posteriormente, este objeto, o lo que es lo mismo, el precio de tal objeto, puede poner en funcionamiento una cantidad de trabajo igual a la que originariamente lo produjo”, SMITH, A., *La Riqueza de las Naciones*, vol. I, Libro II, Cap. III, cit., p. 387.

⁹⁷³ MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, cit., p. 222.

⁹⁷⁴ Citado por DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *El trabajo penitenciario resocializador*, cit., p. 180. Citando además a C. Arenal quien manifestaba que debía ser atractivo, retribuido, no público, ni planteando competencia injusta a la industria libre, ni arrendado a especuladores, ARENA, C., “Estudios penitenciarios”, cit., pp. 83 y ss. También son partidarios de esta idea de obligatoriedad, entre otros, BELAUSTEGUI MÁ, C., *Fundamentos del trabajo penitenciario*, Madrid, 1952; CUELLO CALON, *La moderna penología*, Bosch, Barcelona, 1974; NAVARRO BATRES, B., *El trabajo penitenciario como factor de reeducación y rehabilitación social del delincuente*, Guatemala, 1970 (todos ellos citados por De la Cuesta Arzamendi).

⁹⁷⁵ DE LITALA, L., “La prestazione di lavoro nel sistema penitenziario italiano”, *Dir. Lav.*, t. I, 1946, p. 242, citado por DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *El trabajo penitenciario resocializador*, cit., p. 183.

⁹⁷⁶ Aclaración de DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *El trabajo penitenciario resocializador*, cit., p. 183.

del trabajo penitenciario basando su tesis en los beneficios que pueden obtener, que son la reeducación y reinserción social. No falta la posición de aquellos que están en contra argumentando si el trabajo penitenciario debe ser resocializador, y “en ningún caso debe ser obligatorio ni primar los criterios de la disciplina y control sobre las metas asimiladoras debiéndose reputar ilegítima la imposición [...] de obligaciones o cargas que no traigan directamente su causa en la pena impuesta [...]”⁹⁷⁷. Además, si se considera que es un derecho del preso, y de las personas libres, no debe tener la condición de obligatoriedad. Por otro lado, no hay que confundir obligatoriedad del trabajo con deber de trabajar⁹⁷⁸. Desde esta perspectiva, cabe subrayar que la obligatoriedad no es un requisito ni condición para el trabajo. Por tanto, que no se estime como algo especial, separado o ajeno del resto de los ciudadanos, sino como una de las modalidades o variantes del trabajo general: una actividad plenamente integrada en la economía del país⁹⁷⁹.

Por último, un tercer requisito defendido por la doctrina es que el trabajo debe ser formativo e instructivo. Es decir, que se aprenda un oficio, unas normas, hábitos, disciplina, instruirse y formarse como trabajador⁹⁸⁰. La discrepancia doctrinal surge cuando a la hora de asimilarlo con el trabajo libre se entiende que éste no es formativo ni instructivo, de manera que dicha condición es presupuesto de considerar al trabajo penitenciario como resocializador. En definitiva, que “el hecho de que el cumplimiento de este requisito tiende a potenciar los efectos de los cursos y actividades de formación profesional llevados a cabo en prisión [...] siempre que en la planificación hayan sido

⁹⁷⁷ Opinión de DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *El trabajo penitenciario resocializador*, cit., p. 184.

⁹⁷⁸ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Obligatoriedad del trabajo de los penados”, *Comentarios a la legislación penal*, t. VI, vol. I, cit., pp. 463 y ss.; del mismo, “Un deber (no obligación) de los privados de libertad: el trabajo penitenciario”, cit., pp. 93 y ss. Así como tener en cuenta la Regla 71.2 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos que viene a decir todos los condenados serán sometidos a la obligación de trabajar. Se critica la obligatoriedad por parte de la doctrina por ser contraria a la perspectiva resocializadora.

⁹⁷⁹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Cárcel y actividad laboral: el derecho de los presos a un trabajo penitenciario resocializador”, cit., pp. 248-249.

⁹⁸⁰ *Ibidem*, p. 186.

tenidas en cuenta las posibilidades de empleo penitenciario de los internos [...]”⁹⁸¹.

A éstos requisitos se le puede añadir otros como⁹⁸²: a) Basado en el principio de libertad, que no sea una obligación exigible jurídicamente; b) remunerado; c) por cuenta ajena, según la doctrina más extendida, es la ajenidad en los frutos del trabajo, es decir, que los frutos pertenezcan a una persona distinta del trabajador preso y, d) dependiente, Aunque no es exclusivo de las relaciones laborales. En consecuencia, atendiendo a lo anteriormente indicado el trabajo bajo estas características es una solución idónea y apropiada para la reinserción de los reclusos.

7.3. PRINCIPIO GENERAL DEL TRABAJO PENITENCIARIO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Se parte de entender al trabajo penitenciario como aquel cuyo principio general, según la Constitución, es tender a la resocialización del recluso, siendo un principio y objetivo central de la pena privativa de libertad, pero no el único y, por tanto, principio inspirador del régimen penitenciario. Por consiguiente, debe estar considerado como un elemento positivo del régimen carcelario y en ningún caso debe estar impuesto como sanción⁹⁸³. Teniendo en cuenta este principio, la discrepancia doctrinal surge cuando se está a favor o en contra de valorar el trabajo penitenciario como base del tratamiento y, por tanto, como resocializador.

Comenzando por los que están en contra -Alarcón Bravo- se argumentan tesis que afirman que el “trabajo no es tratamiento, sino una ocasión y medio para satisfacer lo que para toda persona es un derecho y un deber [...] ya que si simplemente fuese la expresión del ejercicio de un derecho u obligación, el trabajo difícilmente reuniría la condición especial de ser vehículo de realización de la personalidad humana”⁹⁸⁴. O, que el trabajo no es un

⁹⁸¹ *Ibidem*, pp. 186-187.

⁹⁸² DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *El trabajo penitenciario resocializador*, cit., p. 335.

⁹⁸³ Regla 26 de las RPE.

⁹⁸⁴ ALARCÓN BRAVO, O., “El tratamiento penitenciario”, *Estudios Penales*, Universidad de Santiago de Compostela, 1978, pp. 19-25.

elemento fundamental del tratamiento, aunque admita modalidades de él, sino, a lo sumo, del régimen⁹⁸⁵.

Siguiendo, de otro lado, por los que defienden la tesis de que el trabajo es tratamiento, las críticas que más eco tienen⁹⁸⁶, partimos de la postura sustentada por De la Cuesta Arzamendi⁹⁸⁷, quien postula que la función del trabajo es capital para la construcción de un régimen penitenciario resocializador porque, debido a su condición de denominador común entre la vida en prisión y el mundo exterior, son especialmente importantes sus potencialidades como vehículo de aproximación y comunicación entre ambos universos, el carcelario y el de fuera, así como puede derivar un mayor acercamiento entre trabajadores penitenciarios y *libres* con base a su condición común de trabajadores, lo que redundaría de manera inmediata en el menor aislamiento y marginación de la prisión. En sentido amplio, se indica que, si el trabajo es un elemento fundamental del tratamiento, es decir, algo esencial e inmerso dentro de la naturaleza del mismo y de éste [...] consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados, quiere decir que este mismo fin afecta a la actividad laboral penitenciaria.

Afirma, pues, que el trabajo en el ámbito penitenciario no puede tener un fin ajeno a la intencionalidad penal y cuya ejecución debe conseguir la reeducación de los sancionados y llevarles a una reinserción social que trasciende de la propia privación de libertad⁹⁸⁸. Desde esta posición, Lamarca Pérez⁹⁸⁹

⁹⁸⁵ GARCÍA VALDÉS, C., "Derecho Penitenciario español: notas sistemáticas", cit., p. 46.

⁹⁸⁶ MUÑOZ CONDE, F., "La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito", cit., p. 628; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., "La supuesta función resocializadora del derecho penal: utopía, mito y eufemismo", *Anuario de Derecho Penal*, t. 32, n.º. 3, 1979, pp. 646 y ss.

⁹⁸⁷ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., "Cárcel y actividad laboral: el derecho de los presos a un trabajo penitenciario resocializador", cit., p. 247. De opinión similar en cuanto a considerar al trabajo penitenciario como resocializador es LÓPEZ RIOCEREZO, J.M., "El trabajo, medida de reeducación y corrección penitenciarias", *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, t. 16, 1963, pp. 37-84.

⁹⁸⁸ DE LA MORENA VICENTE, E., "Situación y desarrollo de la normativa laboral penitenciaria", cit., p. 46.

entiende que el trabajo en el ámbito penitenciario está orientado a la reeducación y reinserción social, pues la ocupación es uno de los medios que más eficazmente puede propiciar estos resultados. Por lo demás, realizar cualquiera de estas tareas podrá dar lugar a obtener los beneficios penitenciarios correspondientes, pero sólo en el caso de una labor productiva y, por tanto, remunerada podrá hablarse de un auténtico ejercicio del derecho al trabajo.

En un sentido, digamos neutral, se encuentra, Bueno Arús⁹⁹⁰, al indicar que no resulta dudoso que el trabajo y la formación profesional pueden utilizarse como medios de tratamiento, pero que no son tratamiento. Y, por último, Pinatel⁹⁹¹ manifiesta que la organización del trabajo favorecerá la cooperación y la solidaridad, pero nada dice de la consideración de tratamiento.

La tesis de la plasmación del trabajo en los Centros penitenciarios y la idea del trabajo penitenciario como resocializador es la idea mantenida en nuestra legislación y por la doctrina de forma unánime⁹⁹², pero la vinculación entre trabajo y tratamiento ha sido duramente criticada porque dista mucho de la realidad carcelaria, el cometido de facilitar trabajo en días laborables a los presos y garantizar los días de descanso laboral semanal resulta un tanto imposible. Por ello, lo que hace la legislación es ampliar el campo de trabajo de los reclusos, es decir, ampliarlo a campos como la formación académica, estudio, o meramente ocupacionales⁹⁹³. Con estas miras, García Valdés constata que el trabajo penitenciario sólo podrá tener la consideración de tratamiento cuando así resulte de la formulación de un programa concreto con tal finalidad. Se considera que no parece acertado aceptar que el trabajo penitenciario sea un elemento fundamental del tratamiento, aunque admite modalidades y actividades

⁹⁸⁹ LAMARCA PÉREZ, C., "Los derechos de los presos", cit., p. 96.

⁹⁹⁰ BUENO ARÚS, F., "El trabajo penitenciario en España", *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº. 28-231, Madrid, 1980, p. 357.

⁹⁹¹ PINATEL, *La sociedad criminógena*, cit., p. 102.

⁹⁹² Ver, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., "La relación régimen penitenciario-resocialización", *Eguzkilore*, nº. 2, extraordinario, 1989, pp. 59 y ss.

⁹⁹³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., "El trabajo de los internos en el derecho penitenciario español", *Cuadernos de Derecho Judicial, Derecho Penitenciario*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, p. 209. Afirma que el concepto social de *trabajo* se ha ampliado y no sólo se limita al trabajo productivo sino que abarca a las actividades orientadas a la preparación de la producción o prestación de servicios.

laborales incluidas en la dinámica del tratamiento⁹⁹⁴. No obstante, en la parte que aquí nos interesa, debemos tener en cuenta que, tanto el trabajo como la educación, comparten un mismo fin, no se trata de generar falsas expectativas sobre las posibilidades resocializadoras de estas actividades convirtiéndolas en ejercicios de adoctrinamiento, sino sencillamente ofrecerle al interno durante el tiempo penitenciario las posibilidades de capacitarse para hacer más fácil su vuelta a la sociedad. Desde esta óptica es necesario procurar que, tanto el trabajo como la educación, respondan al principio de normalización social y no difieran -o difieran lo estrictamente necesario- del contenido y desarrollo de esas actividades en la sociedad libre⁹⁹⁵.

Quizás lo que se pretenda con el trabajo penitenciario es trasladar al recluso a la concienciación de que asuma las mismas características que tiene el trabajo en el mundo exterior, a que tenga una responsabilidad en el orden y en la economía, a que favorezca su concienciación de clase social, a llevar a cabo una serie de actos que no lleven a la desocialización. Lo que se pretende es que la pena privativa de libertad no lleve al preso a un estado de degradación psíquica que le impida estar en las condiciones necesarias para reincorporarse al mundo en libertad, por tanto, el trabajo penitenciario ha de cumplir el principio de asimilación al trabajo libre, lo que significa que se lleve a cabo en las mismas condiciones y con los mismos derechos como ciudadano y como trabajador. Igualmente, no faltan los autores que consideran que la equiparación con el

⁹⁹⁴ GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la legislación penitenciaria*, Cívitas, Madrid, 1982, pp. 95 y 75.

⁹⁹⁵ MAPELLI CAFFARENA, B., "Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, nº. 8, 2006, considera que "hay razones estructurales que hacen imposible alcanzar una cotas similares de empleo en comparación con la sociedad libre", cita tres grandes problemas: de orden económico, jurídico y organizativo. En primer lugar, el trabajo penitenciario no es competitivo debido a su baja productividad; el problema desde el punto de vista jurídico es la falta de un contrato de trabajo, por lo que parece dudoso que se reconozcan los derechos como trabajador, y desde el punto de vista organizativo, existe conflictos entre el plan de seguridad y la planificación laboral. Por todo ello, Mapelli considera que la Administración penitenciaria "deba preocuparse más por problemas de retribución, competitividad, descanso o higiene y seguridad que por los logros resocializadores que puedan alcanzarse con el trabajo".

trabajo libre no es posible porque precisamente falta la condición de libre que es lo que caracteriza la relación laboral en el exterior⁹⁹⁶. Se dice que la relación entre el recluso trabajador y el Estado es “un verdadero y propio contrato de trabajo”⁹⁹⁷.

En la actualidad, se considera al trabajo como el núcleo del régimen penitenciario, además de que es una de las pocas actividades llevadas a cabo en los Centros de forma colectiva, en la que interaccionan seguridad y formación, disciplina y reeducación. Si el trabajo es entendido como una forma de inserción social formando parte del programa de tratamiento penitenciario no debe ser tan selectivo con los presos, puesto que todos tienen derecho a la reinserción social y, por tanto, al trabajo.

Ahora bien, y de otro lado, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional estima que el derecho y los beneficios correspondientes a la Seguridad Social son derechos que se insertan en los fines de reeducación y reinserción social a los que por exigencia constitucional deben orientarse las penas privativas de libertad y, en tal sentido, son derechos de aplicación progresiva, cuya efectividad se encuentra en función de los medios que la Administración penitenciaria tenga en cada momento, no pudiendo, por tanto, ser exigidos en su totalidad de forma inmediata en el caso de que realmente exista imposibilidad material de satisfacerlos⁹⁹⁸. Esto representa que se aceptan los derechos subjetivos, sometidos *per se* a la condición de que el deudor se encuentre en situación de satisfacerlos y sin posibilidad de admitir su sustitución por un derecho a indemnización, como reconocen las normas jurídicas generales, en caso de incumplimiento⁹⁹⁹.

⁹⁹⁶ Ver DE LA VILLA GIL, L.E., “La inclusión de los penados en el Derecho del Trabajo”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, cit., pp. 382 y ss., y *Revista de Política Social*, cit., p. 193.

⁹⁹⁷ ROMERO Y SÁNCHEZ QUINTANAR, “Repercusiones del Derecho del Trabajo en las Instituciones penitenciarias”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº. 178-179, 1967, pp. 346 y ss.

⁹⁹⁸ STC 17/1993, de 18 de enero y AATC 256/88, de 21 de diciembre.

⁹⁹⁹ ELÍAS ORTEGA, A., “Aspectos de interés práctico en la regulación de la relación laboral especial penitenciaria”, *Cuadernos de Derecho Penitenciario*, nº. 10, Iberdaf Industrial, Madrid, 2001, p.4.

7.4. RELACIÓN TRABAJO-EDUCACIÓN COMO REEDUCACIÓN DEL RECLUSO

La relación entre el derecho al trabajo y el derecho a la educación tiene como fundamento que ambos son la base del tratamiento penitenciario para la reeducación y reinserción social de los presos. Con esta perspectiva, cabe subrayar que el trabajo ha de cumplir una función educativa a largo plazo, consistente en el aprendizaje de la estructuración del tiempo de la vida cotidiana, el aprendizaje de pautas de autodisciplina y de pautas colectivas (como el hecho de trabajar en grupo y participar en el trabajo con otras personas). Asimismo, el trabajo puede ser generador de valores asociados con el esfuerzo, la autonomía individual y el autosostenimiento económico¹⁰⁰⁰. Es decir, lo que se trata es de ocupar y estructurar el tiempo y la vida de los presos, disminuyendo la inestabilidad emocional que puede suponer el estar privado de libertad. Aporta pautas para los que tengan hábitos desestructurados carentes de disciplina y mejora la autoestima, los presos que puedan trabajar en los Centros penitenciarios pueden suponer un “grupo de referencia”¹⁰⁰¹ entre los presos, generándose un estatus social dentro de la prisión y creándose una relación social a través del *compañerismo*.

Si el trabajo y la educación son las bases para la reeducación del preso a través del tratamiento penitenciario ha de haber una compatibilidad entre ambas y de éstas con el tratamiento penitenciario, así lo indica el artículo 28 de la LOGP al decir “el trabajo será compatible con las sesiones de tratamiento y con las necesidades de enseñanza en los niveles obligatorios. A tal fin, la Administración adoptará las medidas que reglamentariamente se determinen para asegurar la satisfacción de aquellos fines y garantizar la efectividad del resultado”. Corroborando la Regla 75 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos que dice “La ley o un reglamento administrativo fijará el número máximo de horas de trabajo para los reclusos por día y por semana, teniendo en cuenta los reglamentos o los usos locales seguidos con respecto al empleo de los

¹⁰⁰⁰ MIGUÉLEZ, F., DE ALÓS-MONER, R., MARTÍN ARTILES, A. y GIBERT, F., *Trabajar en prisión*, Icaria, Barcelona, 2007, p. 12.

¹⁰⁰¹ Término utilizado por MIGUÉLEZ, F., DE ALÓS-MONER, R., MARTÍN ARTILES, A. y GIBERT, F., *Trabajar en prisión*, cit., pp. 12 y ss.

trabajadores libres. Las horas así fijadas deberán dejar un día de descanso por semana y tiempo suficiente para la instrucción y otras actividades previstas para el tratamiento y la readaptación del recluso". En consecuencia, el binomio trabajo/educación-tratamiento penitenciario ha de estar latente en toda prisión como garantía de la reinserción social.

En consecuencia, la educación y la alfabetización es posible en el mundo carcelario, debiéndose llevar en condiciones de igualdad que en el mundo libre aunque con técnicas y métodos distintos. No coaccionar al preso a que reciba una educación, sino estimularle y motivarle. La educación en el contexto de la privación de libertad supone una modalidad del sistema educativo destinada a garantizar el derecho a la educación de todas las personas privadas de libertad, promover su formación y desarrollo pleno. De manera que el ejercicio de este derecho no admite limitación ni discriminación alguna, no en cuanto a personas sino en cuanto al estatus o situación de encarcelado. Asegurar una mayor oferta educativa pública actual en las cárceles, llevar a la cárcel las Universidades, contribuyendo la realización de derechos fundamentales consagrados en la Constitución sin ningún tipo de discriminación.

7.5. REINSERCIÓN A TRAVÉS DE LOS PERMISOS DE SALIDA

Sin tratar la cuestión de qué clases de permisos de salida refleja el sistema penitenciario, puesto que lo podemos observar en la Ley y Reglamento, plantearé si los mismos son considerados como parte del tratamiento penitenciario o simplemente beneficios o recompensas de los que goza el recluso. Es por ello, que si el tratamiento penitenciario está encaminado a la reinserción de todos los reclusos, la concesión de permisos de salida es consecuencia de que, en la mayor medida, dicho preso se encuentra reeducado y puede estar *preparado* para la vida en libertad. La no concesión de los mismos podría constituir un trato inhumano o degradante siempre que vaya acompañado de otras circunstancias o de grave sufrimiento. No voy a cuestionar las críticas sobre el control de las personas presas que gozan de un permiso de salida, si constituyen o no trato inhumano¹⁰⁰².

¹⁰⁰² Ver DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y BLANCO CORDERO, I., "L'emprisonnement d'aujourd'hui et de demain en Espagne", *Revue pénitentiaire et de droit*

Se argumenta que “la prisión, aunque puede procurar alguna suerte de socialización, si es capaz de socialización, debe completarse con la socialización externa, con el fomento, también fuera de la prisión”¹⁰⁰³. Esto se traduce en permisos de salida, considerados no sólo como un instrumento idóneo de preparación para una libertad que ha de llegar, y que no debe hacerlo de golpe como el paso brusco de la oscuridad a la luz. Es un reconocimiento expreso de que no sólo nominalmente sino también en la realidad el penado forma parte de la sociedad, es también una forma de depositar la confianza en el preso que deja de serlo durante unos días¹⁰⁰⁴.

Ahora bien, lo que interesa concretar es que se requieren limitar los derechos de los presos al mínimo imprescindible para la mera privación de libertad de movimientos en los que consiste la pena, rechazando todas las privaciones de derechos y limitaciones que no se hallen justificadas por la necesidad o que vayan más allá de lo estrictamente exigido para garantizar el orden y la seguridad en los Centros penitenciarios¹⁰⁰⁵. Pese a ello, atendiendo al artículo 4.2 h) del RP “derecho a los beneficios penitenciarios previstos en la legislación”¹⁰⁰⁶, pueden entenderse incluidos los permisos de salida. Ahora bien, los beneficios penitenciarios no son derechos fundamentales, puesto que, exclusivamente, se predicen de los reclusos, pero pueden ocupar un papel fundamental en cuanto a la reinserción social. Es, en los periodos de permisos de salida, cuando se observa si la reeducación se ha tramitado en condiciones oportunas.

A efectos de lo que aquí nos interesa, se pueden conceder, previo informe preceptivo del Equipo Técnico, permisos de salida ordinarios de hasta siete días de duración como preparación para la vida en libertad, hasta un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año a los condenados clasificados en

pénal, nº. 2, París, 2000; LEVY, T., *Nos téstes sont plus dures que les murs des prisons (Nuestras cabezas son más duras que los muros de las prisiones)*, Essai, Grasset, París, 2006.

¹⁰⁰³ Art. 59.2 de la LOGP.

¹⁰⁰⁴ ATC 1159/97, de 19 de noviembre.

¹⁰⁰⁵ En este sentido, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Reflexiones acerca de La relación entre régimen penitenciario y resocialización”, cit., p. 61; ALARCÓN BRAVO, J., *Tratamiento Penitenciario. Su práctica*, cit., p. 74.

¹⁰⁰⁶ No obstante, la Ley lo recoge en un capítulo diferente y no como un derecho.

segundo o tercer grado, respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena o condenas y no observen mala conducta¹⁰⁰⁷. En suma, supone un elemento fundamental del régimen penitenciario intentar conseguir que el preso no rompa sus contactos con el mundo exterior¹⁰⁰⁸. Los permisos de salida constituyen un elemento muy importante y útil del tratamiento penitenciario¹⁰⁰⁹, el primer antecedente lo encontramos en el Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1956, recogiendo la posibilidad de permisos de salida para los casos de enfermedad muy grave o defunción de familiares, posteriormente, por el RD 2273/1977, de 29 de julio, se incluye como Capítulo dedicado a los permisos de salida. En nuestro Reglamento penitenciario actual se encuentra como Título independiente, siendo las salidas programadas recogidas en el artículo 114 las destinadas a ser valoradas como parte del tratamiento penitenciario. Ellas tienen como fundamento el evitar la llamada desocialización, puesto que permite el contacto con la sociedad, con los familiares, con todo aquello que queda cuando finalice su condena, así como es importante decir que los permisos de salida pueden suponer un periodo de despeje psicológico y de evitar posibles tensiones en la cárcel.

Existe una discrepancia a la hora de fijar la naturaleza jurídica, es decir, en la consideración de si estamos ante un derecho subjetivo o ante una recompensa o beneficio penitenciario con fundamento en los programas de tratamiento penitenciario. La jurisprudencia constitucional ha sentado las bases entendiendo que los permisos de salida se conectan con la finalidad constitucional de la reeducación y reinserción del artículo 25.2, pero no son de aplicación automática ya que no constituyen un derecho subjetivo ni fundamental puesto que sólo hay un interés legítimo de obtenerlos cuando se tienen los requisitos que no aconsejan su denegación. Partiendo de la premisa de que tanto para la concesión como para la denegación de los mismos, hablamos de los permisos de salida ordinarios, se necesita unos requisitos y unos factores regulados por el Reglamento penitenciario, se refleja claramente cómo el permiso es un elemento del tratamiento puesto que debe tenerse en cuenta la evolución

¹⁰⁰⁷ Art. 154.1 del RP.

¹⁰⁰⁸ GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios*, cit., pp. 147 y 167.

¹⁰⁰⁹ En opinión de LEGANÉS GÓMEZ, S., *Clasificación penitenciaria, permisos de salida y extranjeros en prisión*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 113.

del interno en prisión conforme a su grado de clasificación asignada pero también si el permiso puede repercutir negativamente en su tratamiento y como consecuencia de ello en su futura reinserción social¹⁰¹⁰.

Pero, en contraposición, nos encontramos con jurisprudencia que sostiene que los permisos carcelarios son un derecho subjetivo¹⁰¹¹. Ahora bien, la jurisprudencia más consolidada es aquella que indica que “si bien los permisos de salida se conectan con la finalidad constitucional de la reeducación y reinserción del artículo 25.2 no son de aplicación automática ya que no constituyen un derecho subjetivo ni fundamental puesto que sólo hay un interés legítimo de obtenerlos cuando se tienen los requisitos que no aconsejan su denegación”¹⁰¹². Por otro lado, como acertadamente afirma Mapelli¹⁰¹³, “más allá de las necesidades de reinserción social ciertas salidas extraordinarias del centro deben de estar garantizadas en casos de eventos familiares relevantes. De nuevo vemos desarrollado el principio de humanización del castigo”.

Frente a estas posturas está aquella que indica que los permisos de salida, al no estar incluidos dentro del título dedicado al tratamiento, no deben ser considerados como una actividad del tratamiento penitenciario ya que sólo se conceden por razones humanitarias. No olvidemos que sólo es el Reglamento el

¹⁰¹⁰ CERVELLÓ DONDERIS, V., “El sentido actual del principio constitucional de reeducación y reinserción social”, *Presente y futuro de la Constitución española de 1978*, Universidad de Valencia, Valencia, 2005, p. 116.

¹⁰¹¹ STC 112/1996, de 24 de junio. Esto significa que aquellos presos que disfrutan de un permiso de salida y tienen una actitud adecuada en la calle podrán seguir disfrutando de nuevos permisos de salida; Atc de 16 de julio de 2003. En una posición similar se encuentra MUÑOZ CONDE, F. y HASSEMER, W., “Excurso: el Tratamiento Penitenciario”, *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 154.

¹⁰¹² SSTC 81/1997, de 22 de abril; 137/2000, de 29 de mayo, que vienen a indicar que todos los permisos de salida cooperan potencialmente a la preparación de la vida en libertad del interno, pero no es suficiente para conferirles la categoría de derecho subjetivo, ni menos aún de derecho fundamental.

¹⁰¹³ MAPELLI CAFFARENA, B., “Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, nº. 8, 2006.

que recoge los permisos de salidas como un derecho del preso, no así la Ley Orgánica.

En conclusión, podemos advertir que los permisos son un complemento necesario para la preparación de la vida en libertad, constituyen una de las actividades del tratamiento penitenciario y una de las actividades más importantes¹⁰¹⁴. En definitiva, son una concreción del principio constitucional al señalar como fin de las penas privativas de libertad la reinserción social. Además, los permisos fortalecen los vínculos familiares, evitan tensiones y constituye un estímulo a la buena conducta, a la responsabilidad, indicando la evolución del recluso¹⁰¹⁵. Y en cuanto a su naturaleza jurídica, son derechos subjetivos al tomar como fundamento que el tratamiento y la reinserción social no son recompensas.

¹⁰¹⁴ Art. 47.2 de la LOGP y art. 154 del RP.

¹⁰¹⁵ Ver las SSTC 19/1988, de 16 de febrero y 109/2000, de 5 de mayo, entre otras.

CAPITULO VIII

CONCLUSIONES

Primera.- Los orígenes de la peligrosidad criminal en España se reseñan tras el Código Penal de 1928 con carácter postdelictual. Posteriormente con la Ley de Vagos y Maleantes aparecen masivamente, manteniéndose hasta la derogación de la Ley de Peligrosidad y rehabilitación social, poseyendo en esta etapa carácter tanto predelictual como postdelictual. La Constitución Española de 1978, norma institucional básica que sistematiza los derechos fundamentales, hace desaparecer algunos de los denominados “*estados peligrosos*”.

En la actualidad las medidas de seguridad son postdelictuales, estando ligadas a la peligrosidad social del sujeto, concepto complejo de definir por estar basado en el pronóstico de un comportamiento futuro.

Las medidas de seguridad constituyen un sistema preventivo en la lucha contra el delito que implican privación de bienes jurídicos fundamentales y son aplicadas, por órganos jurisdiccionales exclusivamente, en función de la peligrosidad criminal del sujeto, que ha de ser demostrada mediante la comisión de un hecho tipificado como delito y un pronóstico futuro de reincidencia delictiva, con las imprecisiones propias del pronóstico de una conducta ulterior.

Algunos casos criminales recientes muestran cómo reclusos de permiso o excarcelados, maridos, exmaridos o novios sometidos a órdenes de alejamiento de sus parejas, jóvenes con precoces historiales violentos, o enfermos mentales dados de alta de hospitales psiquiátricos, cometen graves actos violentos. Estos sucesos constituyen el núcleo principal de problema de la reincidencia y evidencian el riesgo de violencia existente en ciertos individuos. Estamos muy acostumbrados a utilizar la peligrosidad como atributo clave para estimar la probabilidad futura de realización de comportamientos violentos, pero el desarrollo de la criminología ha mostrado que **la capacidad predictiva de la peligrosidad es limitada y su uso poco eficaz para los profesionales que toman decisiones prospectivas en contextos forenses, clínicos o penitenciarios**. En los últimos 15 años se han desarrollado nuevas técnicas para predecir la conducta violenta basadas en tres elementos principales:

- a) Un mejor conocimiento de la naturaleza y procesos que producen la violencia.
- b) La sustitución del término “peligrosidad” por el de “riesgo de violencia”.

- c) El desarrollo de protocolos e instrumentos de uso profesional para la valoración del riesgo de violencia.

La violencia es un fenómeno interpersonal y social que afecta seriamente al bienestar y la salud de los individuos. En la actualidad se ha convertido en un problema colectivo de primer orden con graves consecuencias sobre el desarrollo político-económico y social de los grupos humanos. La reacción de intolerancia y rechazo social contra la violencia se acompaña de una serie de demandas para solucionar las causas y las consecuencias de la misma. Estas demandas recaen sobre todos los agentes sociales, empezando por las estructuras político-administrativas del Estado y las demás administraciones públicas, las organizaciones sociales, los medios de comunicación, etc. En consecuencia se ha producido una movilización urgente de los profesionales que trabajan en tres ámbitos de actuación concretos: la justicia, la sanidad y los servicios sociales. Todos ellos tienen un efecto directo sobre el control y la prevención de la violencia.

Segunda.- Históricamente, es posible encontrar doctrinas sobre el fundamento y los fines de las penas, así como cuestiones importantes sobre el Derecho Penal y, en particular, sobre el ámbito penitenciario. Se debe subrayar, en este sentido, que existe una vinculación entre la doctrina de los derechos fundamentales y la teoría del Estado, caracterizada por la defensa de la libertad y la igualdad, proclamando garantías tanto formales como materiales. Con esta perspectiva, cabe subrayar que lo que afecta a los derechos fundamentales es perfectamente trasladable a los presos, en cuanto que el Estado reconoce que la actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por el fallo, el sentido de la pena o la Ley penitenciaria, sin establecerse diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición social o cualesquiera otras circunstancias de análoga naturaleza, debiendo utilizarse, en tanto sea posible, todos los métodos de tratamiento y los medios que, respetando siempre los derechos constitucionales no afectados por la condena, puedan facilitar la obtención de dichas finalidades (arts. 3 y 60.2 de la LOGP).

Se puede entender la cárcel como una institución a la que el sistema penal le ha encomendado la función de recuperar a las personas condenadas a fin de evitar la comisión de nuevos hechos delictivos, aunque socialmente tiene

funciones como el castigo, la venganza, la prevención general, la reeducación y la reinserción social. Es la cárcel la que debe facilitar los medios necesarios para que los penados se integren en la sociedad y que la misma sea real y efectiva. Este objetivo, que además es reconocido constitucionalmente, es incumplido por la Administración penitenciaria. Quizás, en primer lugar, porque la cárcel es un instrumento coercitivo que depende directamente de la Administración Pública estatal y, en segundo lugar, porque la actividad de las Instituciones penitenciarias vienen reguladas por el Derecho, lo que supone que toda su actividad y estructura tenga una orientación jurídica, generándose una confusión entre la legalidad y la realidad carcelaria.

Tercera.- La dignidad es la raíz de todo derecho fundamental, haciendo que todo derecho tenga sentido en cuanto que gira en torno a la dignidad y al desarrollo de la personalidad, tanto en el plano social como en el individual ya que es fundamento del orden político y de la paz social. Así pues, se observa que una persona, pese a estar privada de libertad, conserva todos los derechos fundamentales y debe ser tratada conforme a la Regla 72.1 de las RPE, la cual dictamina que "Las prisiones deben de estar gestionadas bajo unos principios éticos entre los que destaca el trato a los detenidos con humanidad y respeto a la dignidad inherente a todo ser humano". Es en este punto donde el concepto de necesidades humanas aclara el asunto ya que los derechos tienen como fundamento la idea de necesidades humanas, sobre todo porque a través de los mismos se pretende satisfacer una serie de exigencias consideradas como necesarias para el desarrollo de una vida digna.

Como consecuencia, se parte de la premisa de que todo derecho tiene que tener una base moral para que pueda incorporarse al Derecho positivo, además de que los derechos fundamentales son realidades vulneradas en el pasado, y la condición de penado no es obstáculo para disfrutar de los derechos fundamentales previstos en la Constitución. Por tanto, sólo se puede hablar de derechos en la medida en que existan medios suficientes y reales para la satisfacción de los mismos. La figura del delincuente es estudiada desde muchas doctrinas, no sólo desde la dogmática jurídico-penal, sino también por los criminólogos, para quienes el delincuente es un sujeto con anomalías y alguien susceptible de tratamiento. Ambas doctrinas hablan de la sanción penal como intervención y medio para la protección social frente a futuros

delitos, suponiendo la prevención tanto especial como general. Pero la doctrina filosófica también se ha dedicado a ello y ha tratado de dar explicación a la justificación del delito, es decir, una justificación moral de por qué se castiga a alguien.

Cuarta.-Teniendo en cuenta que las leyes deben considerar a los ciudadanos como iguales sin hacer, entre ellos, distinciones arbitrarias o irrazonables, se admite la diferenciación y la discriminación si se encuentra justificada de manera objetiva, razonable y proporcional. En la Constitución española, la igualdad no es absoluta entre todos y dado que la población reclusa no se halla en la misma situación que las personas en libertad, el tratamiento en relación a los derechos fundamentales es necesariamente distinto y, por esta razón, son sometidos a determinadas restricciones. A efectos de nuestro estudio, los reclusos se encuentran en una situación de inferioridad en lo que se refiere a la sociedad, por lo que necesitan de una protección especial. El pertenecer a una minoría o grupo diferenciado no supone una condición que determine un estatuto jurídico concreto de una persona. Las frecuentes distinciones en la sociedad contemporánea hacen posible reflexionar que no toda minoría o diferencia requiere de la sociedad un trato semejante. La semejanza se encuentra en la actitud de respeto que requieren. Es por lo que la acción por parte de la sociedad frente a los grupos diferenciados o minoritarios es fundamento del Estado social y democrático.

Como grupo diferenciado, debemos añadir en las cárceles a las mujeres reclusas y los presos extranjeros, los cuales constituyen supuestos de doble discriminación. La diferencia entre los Centros penitenciarios de hombres y mujeres y la escasez de establecimientos o dependencias para las mujeres reclusas, así como la debilitada organización en su estructura, hacen que la mujer reclusa ocupe un papel de desigualdad en la fundamental reinserción social. Haciendo de ellas la conciencia de que el papel esencial, tal y como se observa en las distintas actividades de tratamiento penitenciario, es la de cumplir el papel de mujer y madre. Pese a ello, esta discriminación no se produce porque existan normas jurídicas diferentes para hombres y mujeres, sino que la misma norma se aplica a situaciones con diferente significado atendiendo al género. La cuestión a debatir es la relativa a los hijos menores que *cumplen*

condena junto a sus madres, quedando el vacío legal de la no regulación con respecto a que puedan pasar el tiempo de condena junto a su padre.

Quinta.- Respecto a los extranjeros presos en nuestras cárceles nacionales, se advierte que en cuanto presos hay igualdad en relación con las condiciones en la que se encuentran y, por ello, deben gozar de los mismos derechos; pero, como extranjeros, el artículo 13 de la CE es claro y contundente, es decir, en materia de *libertades públicas* gozarán de las mismas libertades, pero como derechos rige el principio de reciprocidad. Se trata, pues, de una cuestión de constitucionalidad sobre la igualdad total respecto de los españoles no equiparándose a los extranjeros. La normativa penitenciaria entra en contradicción con el precepto constitucional en materia carcelaria, sobre todo porque actualmente no existe diferencia si el delito ha sido cometido por nacionales o extranjeros. Pero sí se establece una exigencia hacia la Administración penitenciaria, por ejemplo, en lo relativo al idioma, la cultura, la religión, la protección de la salud o las comidas, en suma, todo lo relativo a las costumbres.

No obstante, la exclusión social, desde el punto de vista sociológico, que sufre una minoría puede ser perfectamente trasladable a la población reclusa como grupo diferenciado. En los últimos años, la población de reclusos extranjeros ha aumentado en las prisiones españolas, y, atendiendo a la masificación, se hace recomendable que cumplan la condena en sus países de origen, no obstante, atendiendo a los vacíos legales en cuanto a los traslados es una solución actualmente improbable. A fecha de julio del 2010, existe un total de 27.178 presos/as extranjeros/as en nuestras cárceles, de manera que éste es un colectivo cada vez más numeroso y de procedencia diversa. Además, el artículo 25 de la CE establece una finalidad igual para todo recluso sin distinciones. Sin embargo, por el hecho de ser extranjero, además de estar privado de libertad conlleva una serie de desigualdades, a las que se une la necesidad por parte del extranjero e inmigrante de aceptar un nuevo sistema de valores. En definitiva, la diferencia de trato no se traduce en trato discriminatorio, sino en trato diferente justificado.

Sexta.- Se afirma que los derechos fundamentales afectan a la persona, tanto en su aspecto individual como social, y deben ser respetados y reconocidos por el Poder, así lo establecen la Constitución y las demás normas jurídicas. Los derechos y libertades de ámbito personal tienen como base el

derecho a la vida para el reconocimiento del resto de los derechos recogidos en la Constitución. El papel que juega el derecho a la vida en los Centros penitenciarios ha demostrado la necesidad de su plasmación en los textos. La pregunta que cabe plantearse aquí es si el Estado respeta la vida humana de los presos y si la protege. Desde este punto de vista, se debe plasmar una política que erradique la tortura y los malos tratos físicos y psíquicos, consiguiéndose a través de la implantación de los mecanismos de prevención de la tortura previstos en el Protocolo de Prevención de la Tortura de Naciones Unidas. Por lo que respecta a la pena de muerte, se argumenta en contra de la misma que supone una violación del derecho a la vida, no cumpliendo con la función intimidatoria que se le asigna a la pena privativa de libertad y, asimismo, si se defiende la pena de muerte como función punitiva ha de cumplir el fin de ser humanizadora. Y, en este sentido, obviamente la pena de muerte no la cumple, no disminuye delitos en la sociedad y, además, en caso de error, éste no puede ser subsanado. En síntesis, supone una flagrante violación de los derechos humanos.

La consideración del derecho a la vida tiene explicación con respecto al derecho de los presos, considerándose como sustrato de todos los derechos restantes, dado que en nuestro ámbito cultural europeo ya no se aplica la pena de muerte pero sí otro tipo de sanciones, como las penas privativas de libertad, existiendo en los casos más graves violación de una serie de bienes jurídicos, derechos y valores, entendidos como básicos dentro de una sociedad, es decir, que detrás de ellos se esconde la protección del derecho a la vida. De otro lado, en las prisiones también se protege el derecho a la vida en relación al comportamiento que deben tener los funcionarios y los demás presos, lo que igualmente ocurre en lo que se refiere a la integridad física, manifestándose, en todo caso, que la labor que llevan a cabo siempre es en función de mantener el orden y la disciplina en el Establecimiento penitenciario.

Séptima.- El derecho fundamental a la intimidad es uno de los derechos más fuertemente limitados en los Centros penitenciarios conforme a los conocidos conceptos jurídicos indeterminados tales como las razones de seguridad y orden. Pese a ello, son criterios no del todo apropiados, puesto que cualquier restricción de los derechos fundamentales debe realizarse con apoyo en criterios claros, concretos y precisos, sin dejar al libre albedrío la posibilidad de decisión acerca de la concurrencia de circunstancias determinantes de la limitación.

Igualmente, se debe respetar el contenido esencial del derecho fundamental y una serie de garantías consistentes en una proporcionalidad entre la restricción y el fin que se persigue y la adecuación entre los medios y la finalidad. También ha de tenerse en cuenta que los derechos fundamentales se constituyen en límites del poder, cuya actuación y organización no podrá ser contraria a ellos, como acertadamente reitera la doctrina mayoritaria. No obstante, no hay que olvidar la relación de sujeción especial como fundamento de tales restricciones. De todo esto se deduce que los reclusos son sujetos del derecho a la intimidad pero hay una serie de vulneraciones inevitables en las prisiones como los cacheos, los registros de celda, etc. Debiéndose realizar la crítica de que se puede llegar a justificar restricciones de una manera indiscriminada en función de criterios amplios residentes en conceptos jurídicos indeterminados.

Octava.- Dentro de este ámbito personal se encuentra el derecho a la libertad religiosa de posible vulneración en las cárceles, indicando que España, junto con Portugal, es uno de los únicos Estados europeos con leyes específicas sobre libertad religiosa. Se argumenta que la libertad religiosa es la raíz de las demás libertades, como la libertad de asociación y enseñanza. En consecuencia, la libertad religiosa ha trascendido su carácter de derecho individual para convertirse en un principio político que identifica una relación entre lo religioso y lo estatal, es decir, el binomio Estado-Iglesia debe ser sustituido por el derecho de libertad religiosa, al constituir paralelamente un derecho fundamental con un rango superior en la configuración del Estado laico actual.

Desde este punto de vista, una de las recomendaciones que se ha de plantear es la de crear un entorno en el que sea compatible la ejecución de la pena de prisión con el ejercicio de los derechos fundamentales. Para ello, se requiere un sistema penitenciario respetuoso con los derechos fundamentales, siempre operando bajo el principio de igualdad, advirtiendo que la igualdad que se proclama constitucionalmente no implica tratar de manera absolutamente igual a todas las personas y a todas las situaciones, sino que conlleva la diferencia que existe entre las personas y, por tanto, a ser tratados de modo distinto. Además, la Administración penitenciaria ha de contar con un adecuado sistema prestacional fundado en la relación de sujeción especial en la que queda vinculada la Administración y el recluso. Otra recomendación consistiría en revisar la normativa penitenciaria en cuanto a los conceptos jurídicos

indeterminados, tales como las razones de seguridad o la convivencia ordenada en el interior del Centro penitenciario que dan lugar a la restricción de derechos fundamentales.

Novena.- En los derechos relativos a la seguridad rigen los conceptos de *orden* y *seguridad* que pueden ser interpretados a merced de cada caso. Prácticamente cualquier derecho cede o queda apartado en los Centros penitenciarios en atención a las exigencias del orden, seguridad y disciplinas impuestas, siendo la base para asegurar la vida y la integridad tanto del resto de los reclusos como de los funcionarios. Ésta es la causa por la que parece que existe un conflicto de intereses en cuanto a la prelación de lo que se defiende, es decir, la cuestión radica en si va antes el derecho fundamental o el orden y la disciplina en los Centros penitenciarios. Sin embargo, la seguridad se identifica como el necesario ordenamiento para una correcta convivencia en un espacio cerrado, su fin es preventivo no siendo igual la *ratio* de la pena, en este caso, de prisión, que las medidas de seguridad, por lo que no debe ser igual la normativa a aplicar. Ello se traduce en las distintas medidas que se llevan a cabo en la cárcel, ya sean a través de observación de los reclusos, recuentos, aislamiento, comunicaciones, etc. La seguridad significa, por tanto, un conjunto de garantías de los derechos humanos, suponiendo protección y, en especial, debido al hacinamiento.

Una posible recomendación consistiría en revisar la normativa penitenciaria en cuanto a la estimación de los presos como sujetos de una relación de sujeción especial generadora de limitaciones y restricciones de los derechos fundamentales de los reclusos. Por otro lado, se deben crear condiciones seguras en cuanto al hacinamiento ya que influyen en la seguridad de las cárceles, una solución puede consistir en que la seguridad se limite a ciertas instalaciones *correccionales*, únicamente, puesto que no todos los reclusos tienen el mismo grado de peligrosidad. La mayoría de las prisiones confinan a un número de presos mayor al de su capacidad, traduciéndose en que afecta a la seguridad y eficacia de los Centros penitenciarios, creando, por consiguiente, un grado de desorden y tensión que ocasionan, a veces, actos de violencia. Con esta perspectiva, cabe subrayar que el lugar en el que se confina a los presos y la forma de supervisarlos, poseen un enorme impacto en la seguridad. Lo que hay que modificar es el sentido de la Institución penitenciaria para que haya una mayor

seguridad dentro de las cárceles. Asimismo la cárcel supone una seguridad para los ciudadanos.

Décima.- La Constitución española otorga la posibilidad del ejercicio de los derechos políticos en sus diversas manifestaciones. Los derechos políticos se fundamentan en la posibilidad que tiene la sociedad de ser protagonista en los temas que le afectan. Sociedad somos todos, no sólo los ciudadanos que viven libres, así que dentro de las medidas necesarias, ya que todo rige en función del orden y la seguridad carcelaria, se debe facilitar el ejercicio de los derechos políticos a los reclusos. Para que se ejerciten los derechos políticos dentro de una sociedad democrática, es preciso que se actúe con responsabilidad fomentándose, en consecuencia, la igualdad y la libertad de los ciudadanos, siendo posible un régimen asambleario en la prisión, en cuanto al derecho de reunión, si bien, respecto del resto de los derechos políticos siempre quedan limitados por el orden y la seguridad de los Centros.

La política penitenciaria debe incluir una perspectiva de las necesidades de los reclusos, en el sentido de que atendiendo a la importancia del artículo 24.2 de la CE en cuanto a la defensa y comunicaciones de los abogados con sus clientes presos, pudieran efectuarse en cualquier día de la semana sin restricciones de ningún tipo. Esto supone, por consiguiente, no una garantía del procedimiento, puesto que éste concluyó, sino una garantía en cuanto a la aplicación de sanciones disciplinarias. Es decir, los mínimos de comunicación, que se establecen reglamentariamente, no dependerán del comportamiento o de la clasificación del recluso. Con esta perspectiva, cabe subrayar que el Estado español no tiene debidamente garantizado el derecho de defensa para los reclusos.

Una propuesta consiste en garantizar un mínimo los derechos políticos. En cuanto al derecho a la formulación de peticiones y quejas ante la Administración penitenciaria para la defensa de sus derechos a través de los abogados, es precisa una modificación en la normativa penitenciaria en lo que se refiere a los plazos de resolución por parte de la Administración, ya que se exigiría una máxima garantía de la seguridad jurídica.

Undécima.- Uno de los rasgos característicos del ordenamiento jurídico es la extensión de los derechos sociales reconocidos, consecuencia de ello es que los poderes públicos dentro del Estado social tienen como presupuesto la obligación

de intervenir para que la igualdad tanto jurídica como política que se garantice a través del Estado de Derecho sea una igualdad social, económica y cultural. Al conformarse como derechos de igualdad y poseer un régimen jurídico diferente con respecto del resto de los derechos fundamentales, hace que la igualdad sea condición del ejercicio de los derechos fundamentales. Por tanto, da la impresión de que los derechos sociales sean programas políticos, de manera que mientras que no sean concretados por el legislador, carecen de significado jurídico.

De todas formas, existe una serie de derechos sociales que sólo la enunciación por parte de la Constitución española es suficiente para que sean eficaces y justiciables, es el caso de los derechos laborales, pero no dejan de ser manifestaciones particulares de derechos y libertades. En el caso de los derechos sociales de los presos, éstos gozan de todas y cada una de las garantías consagradas en la Constitución, lo que incluye la garantía del contenido esencial y su justiciabilidad. Pero ambas garantías de poco pueden servir respecto de los derechos que, en sí mismos, carecen de contenido esencial. Ahora bien, es necesario hacer matizaciones, en cuanto al derecho al trabajo: el deber de trabajar no constituye una obligación en sentido estricto; el trabajo no supone un instrumento de explotación y ha de apoyarse en valores sociales representados bajo la dignidad; el derecho de todos a un trabajo no supone que todos obtengan un puesto adecuado de trabajo conforme a su formación; para que el derecho al trabajo sea efectivo es necesario que concurren unas condiciones económicas adecuadas, cosa que no ocurre en los Centros penitenciarios. Si la aspiración del que trabaja es la obtención de un salario, ella es una idea y un fin bien distinto al que se pretende por la normativa penitenciaria, que no es otro que el trabajo como tratamiento para la reinserción.

En nuestra Norma Suprema hay una aceptación generalizada de que el trabajo es un derecho de todos, todos tienen acceso a realizar actividades laborales en condiciones similares. Se trata de un mecanismo de reinserción, comprendiéndose que con el trabajo resocializador y con la educación en valores las tasas delictivas disminuirían. Las tesis doctrinales se mantienen en dejar constancia de que el trabajo penitenciario ha de ser igual o, al menos, similar al trabajo libre, siendo un factor de igualdad la remuneración. Con esta perspectiva se supone que el propio preso se pueda mantener en la cárcel, sin que sea un factor negativo añadido a los familiares. Por esta razón, se hace necesaria la

distinción y separación, atendiendo a las Reglas de Ginebra, entre el trabajo *carcelario* y el trabajo *libre*.

Duodécima.- Tanto la regulación de las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos como la regulación penitenciaria estatal es escueta en esta materia, regulan aspectos sin concluir, así, por ejemplo, en cuanto al salario de los condenados se limita a indicar que ha de ser equitativo, es decir, se fijará proporcionalmente al número de horas realmente trabajadas y al rendimiento conseguido, siendo numerosas las interpretaciones doctrinales en cuanto al término *equitativo*. Además, la normativa penitenciaria puede decirse que está viciada, puesto que, pese a que mantiene que el trabajo penitenciario es de carácter formativo, se vulnera al principio general de considerar al derecho al trabajo de los presos como un auténtico derecho subjetivo, ya que del Código Penal se desprende que la actividad laboral puede tener carácter obligatorio bajo amenaza de sanción, a lo que se añade que la configuración del trabajo penitenciario no se adecua al trabajo libre puesto que no es competitivo.

En este sentido, son muchos los aspectos excluidos del trabajo penitenciario por razones de orden y seguridad que impiden su equiparación al trabajo *libre*, aspectos como los derechos de negociación, huelga, adopción de medidas de conflicto, derechos que bien no afectan al contenido esencial del derecho al trabajo, pero que deben ser reconocidos a los reclusos para que pueda calificarse como laboral. No obstante, es unánime la doctrina al afirmar que el hecho de tener un trabajo hace que se tengan responsabilidades, que se posea una convivencia ordenada, desarrolla una serie de aptitudes, enriquece conocimientos y mejora técnicas profesionales, lo que genera un positivo efecto psicológico. Asimismo, una plena ocupación supone un incentivo para evitar los grupos en los patios y el desinterés por lo que les rodea.

En cuanto al derecho a la educación, se supone una educación en valores, donde se pretende equilibrar la libertad de enseñanza con la igualdad de oportunidades. La población reclusa constituye uno de los grupos marginados donde se evidencia la violación de su derecho a la educación.

Una de las soluciones a las que se llega es realizar mayores esfuerzos en cuanto a respetar, proteger y garantizar este derecho, siendo la educación una herramienta para el cambio del preso, juzgándose su valor en función de la reintegración en la sociedad así como en la reincidencia en los delitos. Se

considera que el sistema penitenciario ha entrado en crisis no sólo por el hacinamiento sino porque no dispone de los recursos necesarios y adecuados, no obstante, el sistema penitenciario es susceptible de modificación en atención a las situaciones reales que presenta, no debiendo ser exclusivamente el resultado de una política estatal. Si la educación está profundamente vinculada al lugar y al contexto en el que se imparte, la prisión no es el lugar más idóneo para educar a una persona, confundiendo la naturaleza y los objetivos de la educación. Dado que la educación se relaciona con el aprendizaje y con el desarrollo de la persona, la dignidad humana debería ser uno de los puntos principales en la educación en el entorno penitenciario. Si los reclusos son uno de los grupos que sufren discriminación en la sociedad, resulta incomprensible que no exista un texto jurídico que vincule de manera especial a las personas privadas de libertad, pese a que se hayan realizado propuestas (concretamente la aprobación de la Quinta Conferencia de Jefes de Servicios Penitenciarios del África Central, Oriental y Meridional en septiembre de 2001).

En cuanto al derecho a la protección de la salud, es un derecho prestacional, no obstante, no parecería lógico entenderlo como un derecho a la igualdad, ya que lo que queda tutelado es la obtención de un derecho fundamental no que sean tratados iguales, es decir, parece ser que lo que prima es la solidaridad social que exige una diversidad de prestaciones según las necesidades, bien sean de carácter preventivo o curativo. No obstante, tiene cabida la teoría de Ferrajoli cuando afirma la obligación estatal de proporcionar los medios necesarios para el ejercicio del derecho a la protección a la salud en el ámbito penitenciario, ya que en atención a las circunstancias el derecho tiene que venir a los reclusos debido a la imposibilidad de acceder ellos.

Posibles recomendaciones son: un sistema penitenciario que habilite una mayor protección del derecho hacia la población carcelaria, una mayor educación en temas de sanidad, que se traducen en temas tan al día en la prisión como el contagio de enfermedades, llevar a cabo rigurosamente proyectos como intercambio de jeringuillas usadas por unas nuevas, calendario vacunal, hacer efectivo los seguimientos clínicos y analíticos, sin olvidarnos de promover un tratamiento así como una rehabilitación después de la cárcel. Para ello es necesario que el Estado aporte más material económico al sector penitenciario

para que no suponga una reinserción de enfermos, y no contribuyamos a la creación de una sociedad enferma.

En relación al derecho de la vivienda, hay que decir que, al tratarse de un derecho cuya naturaleza jurídica es compleja, supone un elemento social primario en el que se asienta el hogar y la vida no siendo la celda parte de la misma. Si se entiende que la vivienda es el lugar donde se hacen efectivos los fines familiares, la celda no contribuye a tal fin, por tanto, ni es vivienda ni es domicilio, siendo el lugar del cumplimiento de la pena privativa de libertad.

Decimotercera.-De singular importancia es el artículo 25.2 de la CE que conecta los derechos fundamentales con la finalidad de la pena privativa de libertad que es la reeducación y la reinserción social. Con independencia de que se utilice un término u otro, el fin último que se persigue para la pena privativa de libertad es el mismo, es decir, mejora el comportamiento y la actitud del recluso. Declinándome por el término *reintegración* o *reinserción social* ya que da a entender un binomio entre preso- sociedad, exigiéndose la colaboración de ambos para hacer posible el fin de toda pena privativa de libertad y de las medidas de seguridad. Pero el Estado y la sociedad en particular deben asumir que la prisión fracasa en su finalidad constitucional de reeducación y reinserción social del preso, bien por la falta de medios humanos, económicos o políticos o bien porque existe una incompatibilidad entre la exigencia disciplinaria de la pena privativa de libertad y el objetivo indicado.

La reinserción pasó de ser una alternativa de futuro a entrar en una grave crisis, sin embargo, no supone un argumento suficiente para rechazar la idea de reinserción social, puesto que lo cuestionable no es la idea de reeducación y reinserción en sí, sino los medios, los mecanismos utilizados para su consecución, siendo, según demuestra la realidad, ineficaces. Recordemos que el propio concepto de *reinserción* es ambiguo. De otro lado, no existe una política penitenciaria nacional que dé nuevos impulsos a los programas innovadores que se tratan de ejecutar en los Centros penitenciarios, así como tampoco en la política postpenitenciaria. En suma, los programas de tratamiento penitenciario carecen de eficacia y calidad, tanto en el contenido como en la forma de ejecutarlos. Ésta es la razón por la que se requiere una mayor integración entre los programas de reinserción en la cárcel como lugar cerrado frente a los programas de reinserción en la sociedad libre.

El punto de partida es la recomendación en ampliar, y perfeccionar, el sistema de medidas alternativas a las penas privativas de libertad y medidas de seguridad, proponiéndose, en consecuencia, una revisión del marco normativo penal, con posibilidad de ampliar el catálogo de penas. El punto de partida es el artículo 25.2 de la CE que establece unas finalidades y derechos que se concretan y amplían en la LOGP y en su correspondiente Reglamento. En la actualidad, existe una descompensación entre lo indicado constitucionalmente y la realidad *carcelaria*, en vez de la realidad *penitenciaria*. Es decir, existe un claro incumplimiento en determinadas materias constitucionales, pudiendo, incluso, afirmar que no existe una mínima predisposición por parte de los órganos correspondientes en cumplir lo establecido en la legislación aplicable. Por consiguiente, la reeducación y la reinserción social están totalmente vacías de contenido, siendo la prisión un Centro en el que única y exclusivamente se destruye la personalidad del delincuente, constituyendo una auténtica escuela de criminalidad alcanzando situaciones límite para el ser humano.

Decimocuarto.-Existen unas necesidades básicas que deben ser satisfechas para que la vida humana sea viable conforme a unos estándares mínimos de dignidad, esas necesidades se traducen en posibilidades de desarrollo, de crecimiento y progreso. Por ello, el Estado debe cambiar la política criminal y penal, demostrándose que la cárcel la ocupa, mayoritariamente, la clase marginada, caracterizada por ser el sector social que mayor exclusión económica, social y cultural posee. Por esta causa, no se debe agravar más la situación de exclusión que sufre por el hecho de haber estado preso, no debiéndose criminalizar. De otro lado, la exclusión se produce en la propia prisión si tenemos en cuenta que atendiendo al grado en el que se encuentre el preso disfrutará de unos derechos u otros. Igualmente, se debe valorar la prevención general del delito e idear medidas útiles para los presos teniendo en cuenta que el delito no finaliza con la calificación jurídica que el ordenamiento le asigne ni con la aplicación de la pena, ya que lo que el Derecho penal debe castigar son los hechos y la conducta pero no la forma de ser del sujeto.

Pues bien, ésta es una exigencia que pone en peligro la resocialización como fin de la pena, porque se refiere al sujeto y no al hecho teniendo en cuenta que uno de los principios del tratamiento penitenciario es el de la personalidad del preso y su individualización, esto es, que ha de ser personalizado. Para aquellos

que defienden un modelo de Derecho penal liberal esta posición plantea dificultades y es contraria a la idea de igualdad.

Los medios llevados a cabo no son los adecuados para un tratamiento que lleve a la reeducación y a la reinserción. En consecuencia, hay que diseñar un modelo de cárcel coherente en base a la reinserción de los presos y más acorde con los principios constitucionales. Es preciso que, tanto la intervención penal como las normas penitenciarias, ofrezcan unos métodos y pretensiones más adecuadas para un mayor reconocimiento de los derechos fundamentales de los presos como personas que siguen perteneciendo a la sociedad. Por tanto, la idea de reeducación y reinserción social no debe ser rechazada pese a que no se consiga, pues esa idea fue un gran paso en reconocer, por parte de la sociedad, derechos a todas las personas sin tener en cuenta el estatus de que se encontraban privadas de libertad. No obstante, la idea original de resocializar para el condenado ha ido cediendo terreno a la de resocializar para la sociedad. El papel que ocupa la sociedad se resume en: de un lado, generaliza el término *preso* sin tener en cuenta las circunstancias personales, la posible justificación, la posible existencia de errores judiciales, etc., considerando que se trata de ciudadanos de segunda categoría con un etiquetamiento no sólo de reclusos, sino de irresponsables y en los que no se puede confiar; y, de otro lado, este aspecto negativo de la sociedad hacia el preso hace que, en definitiva, se impida la reinserción social.

Decimoquinto.- A la luz de lo examinado, cabe afirmar que la prisión opera en la sociedad bajo el principio de necesidad, aunque no es la única medida posible; en un sentido crítico, cabe sostener que, mientras que tiene como objetivo y fin la reinserción, se da lugar a la desocialización y desvinculación del mundo real. En definitiva, la función principal del Estado social y democrático de Derecho no es que las cárceles desaparezcan, pero sí que se mejore la calidad de vida en las mismas. No hay que olvidar que durante el periodo en el cual está el sujeto preso, la sociedad en sí ha cambiado, ha evolucionado, por lo que los códigos sociales que utilizaba han generado una estigmatización aún mayor. De manera que al preso se le adapta para que viva nuevamente en la sociedad, además de que tiene que ser adaptado para vivir en prisión bajo otras normas de corrección de conductas donde se persigue la inadaptación en el propio Centro Penitenciario. En resumen, se trata de convertir

al recluso en alguien que no sea problemático para la prisión. Mas no se excluye la posibilidad de que la cárcel sirva para otras finalidades además de la del castigo, por lo que difícilmente cabe extraer un dato positivo del concepto de reinserción mayor que la indicada.

Pero, aún en el caso de que se admitiera que el art. 25.2 de la CE impone una configuración constitucional determinada a favor de la resocialización, se tropezaría con el problema del Estado social en el sentido de entender la Constitución como producto de la realidad social y como un modelo ideal de sociedad. De modo que el grado de reinserción exigible a un preso es en función del modelo de sociedad que la Constitución considere exigible, teniendo como base la libertad ya que reinsertarse supone aceptar las normas sociales, no siendo oportuno por parte de la Constitución exigir algo cuando no se ha alcanzado la sociedad ideal, además de que existe ausencia de mecanismos en los que se puede concretar tal reinserción. Trayendo a colación, en este sentido los delitos de terrorismo a los que no se les deben exigir la renuncia de sus ideas políticas como requisito para considerar cumplida la resocialización. El concepto de resocialización, en última instancia, no alude a las relaciones del preso con el Estado, sino a su integración en un contexto social en el que interactuar con otras personas.

Desde este punto de vista, es necesario para poder avanzar que el sistema penitenciario reconozca que el cumplimiento de la pena privativa de libertad no cumple en modo alguno con lo pretendido por la Constitución y las normas legales aplicables. Esta actuación, tanto por parte de los órganos como de la sociedad, pretende únicamente el aislamiento total de la sociedad de aquellas personas que han infringido las leyes vigentes en ese momento. En consecuencia, provoca la existencia de una *microsociedad* compuesta por las cárceles en las que rigen valores, comportamientos, actuaciones, que difieren de las que se producen en la sociedad exterior.

En los países democráticos, la cárcel debe constituir una medida proporcional al delito, pretendiendo hacer frente a los problemas de inseguridad ciudadana, no obstante, se pueda caer en una sociedad represiva. Existen medidas disuasorias o preventivas de tipo policial o de carácter sancionador-administrativo e, incluso, alternativas a la prisión que no se ponen en práctica y que la práctica de las mismas evitaría, en mayor medida, problemas. Además, no

debemos hacer una crítica a la cárcel como entidad para reivindicar derechos fundamentales de los reclusos, sino exigirlos directamente a la Institución que está formalmente construida como sanción penal y para garantizar todos los derechos y libertades suponiendo la garantía de continuidad de la misma y como entidad imprescindible para conseguir su fin.

Decimosexto.- Por todo lo expuesto, la grave situación carcelaria compromete seriamente el cumplimiento de las obligaciones del Estado de proteger la vida, integridad física, dignidad y seguridad jurídica de las personas privadas de libertad, así como la de promover y facilitar su reinserción social. No existe una política criminal garantista a diferencia del marco constitucional, es decir, la normativa penal restringe el derecho a la libertad, agravando la situación penitenciaria. Se busca proyectar una imagen de la cárcel hacia la sociedad que atenúe los efectos y aspectos negativos, deduciéndose del cambio en el lenguaje empleado sobre esta realidad hacia el destinatario sociedad, así, pocas referencias se hacen ya de la cárcel, aunque sí del Centro Penitenciario, y se habla de *interno*, incluso en la normativa penitenciaria, en vez de *preso*, se habla en vez de *celda de aislamiento*, de *medidas cautelares*, etc. Este cambio en el lenguaje es producto del proceso de humanización, un proceso caracterizado por encubrir la realidad de la cárcel y reconstruirla bajo parámetros positivos. La estructura de la vida en un lugar cerrado es compleja, en el sentido de que los presos se desconocen y han de adoptar posturas de supervivencia, con necesidades básicas que no pueden cubrir, pasan a ser números en un recuento diario, con nuevos roles que valorar, y los funcionarios dejan de ser tales para convertirse en *carceleros*. Por consiguiente, se produce una devaluación de la vida humana.

El Estado español tiene leyes establecidas para el cumplimiento de todos los derechos fundamentales, pero existen vulneraciones o violaciones que, pese a que descansan en el orden y seguridad de los Establecimientos penitenciarios, no justifican al Estado, sino que, por el contrario, incurren en el incumplimiento de la obligación de garantizar derechos y bienes. Concluyéndose que lo que prima en las cárceles no son los derechos sino la seguridad y el orden.

Decimoséptimo.- En consecuencia, se ha demostrado que las soluciones más satisfactorias o más factibles son:

Establecer unas políticas penitenciarias en las que se incorpore una perspectiva de género que acabe con las discriminaciones que sufren los presos

en general, y, en particular, las mujeres presas en las cárceles, debiéndose partir, quizás, de una cárcel mixta para fomentar la igualdad.

Otorgar garantías a los hijos de las reclusas que cumplen condena con sus madres, al igual que crear guarderías en los Centros penitenciarios y asegurar que el personal tenga una formación adecuada en cuidados infantiles. Se hace necesaria, por tanto, una reforma del modelo penitenciario español, en el sentido de que cuando una mujer es encarcelada por un delito de los tipificados en el Código Penal la mayoría de los menores no tienen otra opción que estar con sus madres en la cárcel, por lo que se deben proteger sus derechos, pudiéndose establecer alternativas a la prisión. Igualmente, es importante llevar a cabo un programa de vacunación para los niños. Para el caso de las embarazadas se hace necesaria la aplicación de soluciones, ya que la cárcel no es un lugar fácil, en cuanto que es necesario una alimentación equilibrada y adecuada a sus necesidades, es preciso que la cárcel transporte a las reclusas a las dependencias hospitalarias para los chequeos médicos, y los cuidados prenatal y posnatal. Además, el estrés que causa el encarcelamiento puede tener un efecto negativo sobre el curso del embarazo, ya que restringir a las mujeres embarazadas de la misma forma que se restringe a otras reclusas puede suponer riesgos. Por tanto, una buena propuesta consiste en posibilitar el cumplimiento de la condena en los domicilios, y llevar a cabo talleres educativos a madres presas jóvenes en cuanto al cuidado de sus hijos, a su educación, su higiene.

Hacer una debida clasificación interior entre preventivas, penadas, peligrosas, adultas, etc., dado que solamente suele haber módulos diferenciados para mujeres con niños, clasificadas en primer grado, segundo y tercero, hacer la separación correspondiente de presas psicológicamente enfermas o que corran el riesgo de padecerla, así como cualquier otra enfermedad, o la creación de una Unidad Dependiente de Psiquiatría.

Crear programas de rehabilitación para las mujeres presas que han cumplido su condena, y para su plena reintegración social. Requerir al Instituto de la Mujer el desarrollo de programas dirigidos a facilitar el acceso de las mujeres y jóvenes gitanas a la salud, educación, empleo y participación política; y también crear servicios para combatir la violencia contra ellas.

Reforzar la asistencia médica a través de los servicios externos, habiendo un servicio médico de urgencias, un servicio de apoyo psicológico y personal y

un servicio de apoyo social a personas presas y a las que ya están en libertad. Al mismo tiempo debe haber una mayor educación en el tema de las enfermedades propias de la cárcel, siendo necesario material para evitar el contagio, además de posibilitar al preso la adquisición de productos farmacéuticos para asegurar un correcto tratamiento del enfermo.

Se hace necesaria la creación de Establecimientos penitenciarios comunes adecuados cuando tanto el padre como la madre se encuentren en prisión para evitar una mayor desestructuración familiar; y crear una política que evite la exclusión social del recluso, que no la criminalice.

Es precisa la educación y la formación para la mejora de la calidad de vida puesto que son los instrumentos básicos para la transmisión de valores culturales y para el desarrollo integral. Así como la necesidad de un trabajo cualificado que aporte estabilidad.

Se deben crear Centros de régimen abierto o semiabiertos extra-penitenciarios que garanticen la proximidad de los reclusos a su hogar familiar, así como posibilitar las necesidades básicas económicas.

Hay que evitar el hacinamiento en las cárceles, para ello habría que eliminar, en parte, la reincidencia y ello se consigue con adecuados programas de tratamiento penitenciario.

A mi juicio, no se rompe el hacinamiento con el uso de la pulsera de control telemático, puesto que es una opción para los que se encuentran en tercer grado, siendo el número de presos, en este grado, muy inferior a los encarcelados de forma preventiva a espera de juicio.

Es necesario romper con la subcultura carcelaria de enfrentamiento entre los trabajadores de la prisión y los reclusos, y

En definitiva, la función resocializadora debe ser algo más que una cuestión de la actividad penitenciaria y exceder de la labor de custodia.

Todas estas soluciones que planteamos aquí y a lo largo de la investigación son desde la cárcel pero, quizás, la solución habría que diseñarla con respecto a los problemas en la sociedad para que ciertas personas no caigan en la falacia, en el deterioro y, en consecuencia, en la delincuencia. Si hay discriminación en la sociedad, la seguirá habiendo en los Centros penitenciarios ya que éstos no dejan de ser una sociedad dentro de la sociedad. En

consecuencia, tanto el Estado como la sociedad deben asumir que la prisión fracasa en la finalidad constitucional de reinserción social del preso, por lo que existe una incompatibilidad entre la exigencia de disciplina de la pena privativa de libertad y el objetivo resocializador de la cárcel.

CAPITULO IX

FUENTES

1. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

ABA CATOIRA, A., *La limitación de los derechos fundamentales por razón de sujeto. Temas clave de la Constitución española*, Tecnos, Madrid, 2001.

ADELANTADO GIMENO, J., *Orden cultural y dominación. La cárcel en las relaciones disciplinarias*. Tesis Doctoral. Departamento de Sociología, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1991.

ALARCÓN FRASQUET, M^a P., "Algunas consecuencias no deseadas del principio de legalidad respecto a las medidas de seguridad privativas de libertad", *El Juez de Vigilancia Penitenciaria y las medidas de seguridad*, Estudios de Derecho Judicial, n^o. 127, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

ALCÁCER GUIRAO, R., "Los fines del Derecho penal: Una aproximación desde la filosofía política", *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, t. 51, fasc/Mes n^o. 1-3, 1998.

ALMEDA, E., *Corregir y castigar. El ayer y hoy de las cárceles de mujeres*, Balteterra, Barcelona, 2002.

- *Mujeres encarceladas*, Ariel, Madrid, 2003.

ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., "Consideraciones sobre la función de la pena en el ordenamiento constitucional español", en CERESO MIR, J., SUÁREZ MONTES, R.F., BERISTAIN IPIÑA, A. y ROMEO CASABONA, C., (eds.), *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos*. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López, Comares, Granada, 1999.

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

- "La reeducación y reinserción social en el momento de la conminación", en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F., (coords.), *El nuevo Derechos Penal español*, Estudios penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Aranzadi, Madrid, 2001.

ANTÓN ONECA, J., *Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración*, Instituto de Ciencias Jurídicas, Madrid, 1965.

ANIYAR DE CASTRO, L., *Criminología de la reacción Social*, Instituto de Criminología, Facultad de Derecho, Universidad del Zulia, Maracaibo, Venezuela, 1977.

AÑÓN ROIG, M.J., "El test de la inclusión: los derechos sociales", en ANTÓN, A., (coord.), *Trabajo, derechos sociales y globalización. Algunos retos para el siglo XXI*, Talasa, Madrid, 2000.

- *Igualdad, diferencias y desigualdades*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Fontamara, México, D.F., 2001.

ARANDA CARBONEL, M^a. J., *Reeducación y reinserción social. Tratamiento penitenciario. Análisis teórico y aproximación práctica*, Ministerio del Interior, Madrid, 2007.

ARCOS RAMÍREZ, F., *La seguridad jurídica: una teoría formal*, Dykinson, Madrid, 2000. ARENAL, C., *El visitador del preso*, Asociación de colaboradores con las presas, Madrid, 1991.

ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F.J. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V., *Reglamento Penitenciario comentado: análisis sistemático y recopilación de legislación*, Mad, Sevilla, 1999.

ARMSTRONG, K.G., "The retributivist his back", *Mind*, n.º. 70, Oxford University Press, 1961.

ARNÁNZ VILLALTA, E., *Cultura y prisión. Una experiencia y un proyecto de acción sociocultural penitenciaria*, Popular, Madrid, 1988.

ASENCIO CANTISÁN, H., "Régimen disciplinario y procedimiento sancionador", *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º. extra 1, Madrid, 1989.

ASÚA BATARRITA, A., "La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del derecho penal a las políticas de control de la inmigración", en COPELLO, L., (coord.), *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

AYMERICH CANO, C. I., "Régimen cerrado y cárceles de máxima seguridad. Una reflexión desde el Derecho Administrativo", publicado en @dministración, *Ciberrevista de Derecho Administrativo*, n.º. 10, 1999.

AYO FERNÁNDEZ, M., "Jurisprudencia constitucional-penal del artículo 24 de la Constitución española", La Ley, Actualidad, Madrid, 1997.

BACHS NEBOT, J., "Objetivo: evitar las fugas", Cuadernos de Seguridad, 1993. BACIGALUPO ZAPATER, E., Justicia penal y derechos fundamentales, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002.

BACIGALUPO ZAPATER, E. y BAEZA AVALLONE, V., La rehabilitación, Edersa, Madrid, 1983.

BAJO FERNÁNDEZ, M., "Tratamiento penitenciario y concepción de la pena", Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez Vitoria, t. I, Bosch, Barcelona, 1983.

BANACLOCHE PALAO, J., La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el Derecho español, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

BARATTA, A., "Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica", Cuadernos de Política Criminal, nº. 24, trad. de García-Méndez y Sandoval, 1984.

- "Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale", Dei Delitti e Delle Pene, anno III, nº. 3, 1985.

- "Resocialización o control social: por un concepto crítico de "reintegración social" del condenado", Ponencia presentada en el Seminario de Criminología Crítica y Sistema Penal, organizado por Comisión Andina Juristas y la Comisión Episcopal de Acción Social, en Lima, del 17 al 21 de Septiembre de 1990.

- "Cárcel y Estado social. Por un concepto de <<reintegración social>> del condenado", trad. de M. Martínez, en OLIVAS CABANILLAS, E., (coord.), Problemas de legitimación en el Estado social, Trotta, Madrid, 1991.

BARCELONA LLOP, J., "Escuchas telefónicas y acción de la policía de seguridad", Revista de Administración Pública, nº. 112, 1987.

BAYLOS GRAU, A., "El derecho al trabajo como derecho constitucional", Cuadernos de Derecho Judicial, La protección de derechos fundamentales en el orden social, Consejo General del poder Judicial, Madrid, 2005.

BAYÓN GUAREÑO, F., Entrenamiento en habilidades sociales complementado con tecnología videográfica como técnica de reducción de

conductas agresivas de los internos de Instituciones Penitenciarias, Escuela de estudios penitenciarios, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992.

BECCARIA, C., *Dei delitti e delle pene: con una raccolta di lettere e documenti relative alla nascita dell'opera e alla sua fortuna nell'Europa del Settecento*, trad. De los delitos y de las penas, de J.A. de las Casas, Alianza Editorial, Madrid, 1982.

BENTHAM, J., "Principios del Código Penal", *Tratados de legislación civil y penal*, Editora Nacional, Madrid, 1981.

- *An Introduction of Moral Principles of Morals Legislations*, Londres, 1982.

BERGALLI, R., *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1976.

- *La recaída en el delito, modos de reaccionar contra ella*, Sertesa, Barcelona, 1980.

- "Los rostros ideológicos de la falsía resocializadora", *Doctrina Penal*, nº. 36, 1986.

- "Ideología de la resocialización. La Resocialización como ideología. La situación en España", *La qüestió penitenciària, Papers d'Estudis i Formació*, nº. especial, Abril- Centre d'Estudis i Formació, Departament de Justicia-Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1987.

- "Control social punitivo, o la cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico", *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. IX, 1992.

- "Las estrategias de control social y la violencia del sistema penal", *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, nº. 132-133, Madrid, 1996.

- "Globalización y control social: post-fordismo y control punitivo", *Sistema, Revista de Ciencias Sociales*, nº. 160, Madrid, 2001.

- "El nuevo paradigma criminológico de la exclusión social", en la presentación de la obra de YOUNG, J., *La sociedad "Excluyente"*. Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad tardía, trad. de R. Bergalli y R. Sagarduy, Marcial Pons, Madrid, 2003.

- "Las funciones del sistema penal en el Estado constitucional de Derecho social y democrático: perspectivas socio-jurídicas", en BERGALLI, R. y OTROS, Sistema penal y problemas sociales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

- "Violencia y sistema penal. Fundamentos ideológicos de las políticas criminales de exclusión social", en BERGALLI, R., RIVERA BEIRAS, I. y BOMBINI, G., (coords.), Violencia y sistema penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008.

BERGALLI, R., RECASENS I BRUNET, A., DOMÍNGUEZ FIGUEIRIDO, J.L. y RIVERA BEIRAS, I., Control social punitivo. Sistema penal e instancias de aplicación (policía, jurisdicción y cárcel), Bosch, Barcelona, 1996.

BERGALLI, R. y RIVERA BEIRAS, I., (coord.), Cárcel y derechos humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos, Bosch, Barcelona, 1992.

BERISTAIN IPIÑA, A., El delincuente en el Estado social de Derecho (Coordenadas para una reforma penitenciaria), Madrid, 1971.

- La pena-retribución y las actuales concepciones criminológicas, Presentación del autor por Elías Neuman y presentación de la obra por Eugenio Raúl Zaffaroni, Depalma, Buenos Aires, 1982.

- "El sistema penitenciario: problemas y soluciones", Cuadernos de Política Criminal, nº. 30, 1986.

- "La cárcel ¿se humaniza con el "opio" del pueblo?", Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología, nº. 6 extra, 1993.

- Futura política criminal en las Instituciones de readaptación social. Derechos humanos de los presos, Secretaria de gobernación de Méjico, 1999.

BERISTAIN IPIÑA, A. y DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., Cárcel de mujeres. Ayer y hoy de la mujer delincuente y víctima, UPV/EHU, Bilbao, 1989.

BERLIN, I., "Dos conceptos de libertad", Cuatro ensayos sobre la libertad, trad. de J. Bayón, Alianza, Madrid, 1998.

BETEGÓN, J., La justificación del castigo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

- "Sanción y coacción", en GARZÓN, E. y LAPORTA, F.J., (ed.) El derecho y la justicia, Trotta, Madrid, 2000.

BÈTHOUX, E., "La prison: recherches actuelles en sociologie (note critique)", *Terrains & travaux*, nº. 1, 2000.

BETTIOL, G., "Colpa d'autore e certezza del diritto", *Revista Italiana di Proc. Penale*, 1977.

BLACK, D., "Crime as Social Control", *American Sociological Review*, nº. 48, 1983. BLANCO ARCE, F.X., LÓPEZ-GUERRERO VÁZQUEZ, P., LORENZO CONDE, A.B.,

BODELÓN GONZÁLEZ, E., "Género y sistema penal: los derechos de las mujeres en el sistema penal", en BERGALLI, R. y OTROS, *Sistema penal y problemas sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

BOIX REIG, J., "Significación jurídico-penal del artículo 25.2 de la Constitución", *Escritos Penales*, Colección de Estudios del Instituto de Criminología del Departamento de Derecho Penal, Universidad de Valencia, 1979.

- "Aspectos de la Criminología en España", *Revista General de Derecho*, nº. 440-441, 1981.

BRAITHWAITE, J., *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989.

BRAITHWAITE, J. y PETTIT, P., *Not Just Deserts. A Republican Theory of Criminal Justice*, Clarendon Press, Oxford, 1990.

BUENO ARÚS, F., "Panorama comparativo de los modernos sistemas penitenciarios", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1969.

- *Estudios penales y penitenciarios*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1981.

- "La legitimidad jurídica de los métodos de la Criminología clínica aplicada al tratamiento penitenciario", *Estudios penales y penitenciarios*, Instituto de Criminología, Madrid, 1981.

- "A propósito de la reinserción social del delincuente", *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 25, 1985.

BURILLO ALBACETE, F.J., *El nacimiento de la pena privativa de libertad*, Edersa, Madrid, 1999.

BUSTOS RAMÍREZ, J., "Pena Privativa de Libertad y Política Criminal: los establecimientos de máxima seguridad", *Privaciones de Libertad y Derechos Humanos*, Hacer, Barcelona, 1987.

- *Control social y sistema penal*, P.P.U., Barcelona, 1987.

BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZABAL MALARÉE, H., "Pena y Estado", *Papers*, *Revista de Sociología*, nº. 13, 1980.

BYRD, S., "Kant's Theory of Punishment: Deterrence in its Threat, Retribution in its Execution", *Law and Philosophy*, vol. I, 1989.

CABALLERO, J.J., "Terapia de grupo en prisiones", *Cuadernos penitenciarios*, nº. 7, 1979.

- "El mundo de los presos", en JIMÉNEZ BURILLO, F. y CLEMENTE, M., *Psicología social y sistema penal*, Alianza Editorial, Madrid, 1986.

CABRERA CABRERA, P.J., "Cárcel y exclusión", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº. 35, 2002.

CALVET BAROT, G., "El régimen disciplinario penitenciario", en RIVERA BEIRÁS, I. (coord.), *La cárcel en el sistema penal. Un análisis estructural*, Barcelona, 1996.

CAMPBELL, D. y CONNOR, S., *On the record, Surveillance, Computers and Privacy*, Michael Joseph, Londres, 1986.

- *Igualdad y Constitución*, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México, 2004.

CARCEDO GONZÁLEZ, R.J. y REVIRIEGO PICÓN, F., (eds.), *Reinserción, derechos y tratamiento en los Centros penitenciarios*, Amarú, Salamanca, 2007.

- "Estado social y crisis de los derechos económicos, sociales y culturales", *Revista de Derechos y Libertades*, nº. 6, Madrid, 1998.

CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas. (Análisis crítico sobre los fines de la pena)*, *Cuadernos "Bartolomé de las Casas" de la Universidad Carlos III de Madrid*, nº. 44, Dykinson, Madrid, 2008.

CATTANEO, M. A., *Pena, diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Giappichelli Editore, Torino, 1998.

CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I., *La prisión en España. Una perspectiva criminológica*, Comares, Granada, 2007.

CERVELLÓ DONDERIS, V., "La reforma sancionatoria en el marco del sistema punitivo español", Poder Judicial, nº. 28, Madrid, 1992.

- Derecho Penitenciario, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

- "El sentido actual del principio constitucional de reeducación y reinserción social", Presente y futuro de la Constitución española de 1978, Universidad de Valencia, Valencia, 2005.

- "Las prisiones de mujeres desde una perspectiva de géneros", Revista General de Derecho Penal, nº. 5, 2006.

- "La clasificación en Tercer grado como instrumento de resocialización", en DE CASTRO ANTONIO, J.L. y SEGOVIA BERNABÉ, J.L., (dirs.) El juez de vigilancia penitenciaria y el tratamiento penitenciario, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.

CID MOLINÉ, J., ¿Pena justa o pena útil? El debate contemporáneo en la doctrina penal española, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994.

- "Derecho a la reinserción social. Consideraciones a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional en materia de permisos", Jueces para la Democracia, nº. 32, 1998.

- "Le système pénitentiaire en Espagne", Revue française d'administration publique, nº. 99, 2001.

CID MOLINÉ, J. y LARRAURI PIJOAN, E., Teorías criminológicas. Explicación y prevención de la delincuencia, Bosch, Barcelona, 2001.

COBO DEL ROSAL, M. (dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M., (coord.), "Derechos de los internos", Comentarios a la Legislación penal, t. VI, vol. I, Ley Orgánica General Penitenciaria, Edersa, Madrid, 1986.

- "La resocialización del delincuente adulto normal desde la perspectiva del derecho penitenciario", Actualidad Penal, nº. 5, 1987.

- "Eficacia de los Derechos fundamentales reconocidos a los reclusos en el artículo 25.2 de la Constitución española", X Jornadas de Estudio, Introducción a los Derechos Fundamentales, vol. II, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid, 1988.

- "La mirada penitenciaria", en VV.AA., Derecho Penitenciario y Democracia, Fundación El Puente, Sevilla, 1994.

- "Conclusiones encuentro de Vigilancia penitenciaria", Revista del Poder Judicial, nº. 68, Madrid, 2002.

- Notas sobre la Ley General Penitenciaria: comentarios, jurisprudencia, concordancias, doctrina, Colex, Madrid, 2005.

COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J., "Derechos fundamentales del condenado. Reeducción y reinserción social", Comentarios a la Legislación penal, t. I, Edersa, Madrid, 1982.

- "Garantía penal (comentario al artículo 25 de la Constitución", en ALZAGA VILLAAMIL, O., Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978, t. III, Edersa, Madrid, 1983.

- "Artículo 25.2", Comentarios a las Leyes Políticas, Constitución española de 1978, t. III, Edersa, Madrid, 1984.

COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DÍEZ, M., "Artículo 25, garantía penal", en ALZAGA VILLAAMIL, O., Comentarios a la Constitución española de 1978, t. III, Edersa, Madrid, 1996.

COHEN, S., Visiones de control social: delitos, castigos y clasificaciones, PPU, Barcelona, 1988.

CÓRDOBA RODA, J., "La pena y sus fines en la Constitución española de 1978", Papers, nº. 13, 1980.

COTTINGHAM, J., "Varieties of Retribution", Philosophical Quarterly, nº. 29, 1979. CRAVEN, M., The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A

Perspective on its Development, Clarendon Press, Oxford, 1995.

CRUZ ROS, J., El Comité para la prevención de la tortura, fijación de los estándares para mejorar la protección de las personas privadas de libertad, UNED, programa de Derechos y Libertades en Europa, Instituto Europeo de Derecho, ENE, Valencia, 2001.

CUELLO CALÓN, E., "La protección de la personalidad en el orden criminal", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1959.

- La moderna penología, Bosch, Barcelona, 1974. CUEVAS, T., Cárcel de mujeres, Siricco, Barcelona, 1985.

CULLEN, F.T. y GILBERT, K.E., *Reaffirming Rehabilitation*, Anderson Publishing Co., Cincinnati, Ohio, 1982.

CUSSON, M., *Pourquoi punir?* Dalloz, Collection Criminologie et Droits de l'Homme, Paris, 1987.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *El trabajo penitenciario resocializador. Teoría y regulación positiva*, Caja de Ahorros Provincial de Guipúzcoa, San Sebastián, 1982.

- "Educar para la convivencia", en BUENO ARÚS, F., "A propósito de la resocialización del delincuente", Cuadernos de Política Criminal, nº. 25, 1985.

- "La relación régimen penitenciario-resocialización", Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, nº. 2, extra, 1989.

- *Criminología y derechos penales al servicio de la persona*, Libro Homenaje al Profesor Antonio Beristain, Instituto Vasco de Criminología, Ivac-Krei, San Sebastián, 1989.

- "La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria", *Papers d'estudis i formació*, nº. 12, 1993.

- "Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad en el Código Penal español de 1995", *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002.

- "Mundialización y justicia penal", *Anales Internacionales de Criminología*, vol. 41, 2003.

- "Retos principales del actual sistema penitenciario", *Jornadas en Homenaje al XXV Aniversario de la Ley Orgánica General penitenciaria*, Madrid, 2005.

DE LA CUESTA, J.L. y BLANCO CORDERO, I., "L'emprisonnement d'aujourd'hui et de demain en Espagne", *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, nº. 2, 2000.

DE LA MORENA VICENTE, E., "Situación y desarrollo de la normativa laboral penitenciaria", *La normativa laboral penitenciaria. Situación y desarrollo*, Primeras jornadas de Trabajo del Organismo Autónomo Trabajos Penitenciarios, Madrid, 1982.

- "Aspectos del derecho, el deber y la obligación de trabajar en lo penitenciario", *Actividad laboral penitenciaria*, nº. 7, 1982.

DE LA VILLA GIL, L.E., "La inclusión de los penados en el Derecho del trabajo", *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº. 178-179, 1967.

DE LEÓN VILLALBA, F.J., *Derecho y prisiones hoy*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003.

- "La pena privativa de libertad en el Derecho comparado", *Derecho y prisiones hoy*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, también publicado en la *Revista General de Derecho Penal*, nº. 1, 2004.

DE PÁRAMO ARGÜELLES, J. R., "Derechos humanos y derechos subjetivos", *Diccionario crítico de los derechos humanos*, Universidad Internacional de Andalucía, Santa María de La Rábida, 2000.

DÍAZ REVORIO, F.J., "La intimidad corporal en la jurisprudencia constitucional", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº. 20/21, 1997.

- *Valores superiores e interpretación constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., "El nuevo modelo de la seguridad ciudadana", *Revista Jueces para la Democracia*, nº. 49, 2004.

DOLCINI, E., "Appunti sul limite della colpevolezza nella commisurazione della pena", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fascicolo 4, 1975.

- "La rieducazione del condannato tra mito e realtà", *Revista de Direzione Procesale Penale*, 1979.

- *La commisurazione della pena*, Padova, 1979.

DORADO MONTERO, P., *El Derecho protector de los criminales*, t. I y II, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1916.

- *Bases para un nuevo Derecho penal*, Analecta, Madrid, 2003.

DUNBABIN, J., *Captivity and Imprisonment in Medieval Europe, 1000 – 1300*, Palgrave Macmillan, Nueva York, 2002.

ELÍAS ORTEGA, A., "Aspectos de interés práctico en la regulación de la relación laboral especial penitenciaria", Cuadernos de Derecho penitenciario, nº. 10, 2004.

ENÉRIZ OLAECHEA, F.J., "Enfermería en prisiones", Revista española de Sanidad Penitenciaria, vol. 9, nº. 3, 2007.

FACCHI, A., Diritto e ricompense. Ricostruzione storica di un'idea, Giappichelli, Turin, 1995.

FALCÓN Y TELLA, M.J. y FALCÓN Y TELLA, F., Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?, Marcial Pons, Madrid, 2005.

FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y MAPELLI CAFFARENA, B., Práctica forense penitenciaria, Cívitas, Madrid, 1995.

FERNÁNDEZ ARTIACH, P., "La autorización para el trabajo de los extranjeros no comunitarios internos en centros penitenciarios españoles", Revista de Derecho migratorio y extranjería, nº. 12, 2006.

FERNÁNDEZ SEGADO, F., "El derecho a la libertad y a la seguridad personal", Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid, nº. 4, 2000.

FERRAJOLI, L., "Stato sociale di diritto", Política del Diritto, t. XII, 1982.

- Derechos y garantías. La ley del más débil, Trotta, Madrid, 1999.

- Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruíz Miguel, J.C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco y R. Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1997.

- "Garantías", Jueces para la Democracia, nº. 38, 2000.

- El garantismo y la Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.

- "Derechos fundamentales", en CABO, A. de y PISARELLO, G., (eds.), Los fundamentos de los derechos fundamentales, trad. de P. Andrés, A. de Cabo, Trotta, Madrid, 2001.

- "Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales", Doxa, nº. 29, 2006.

- Democracia y garantismo, Trotta, Madrid, 2008.

FERRI, E., Principios de Derecho Criminal. Delincuente y delito en la Ciencia, en la Legislación y en la Jurisprudencia, trad. de J. A. Rodríguez Muñoz, Reus, Madrid, 1933.

- Los nuevos horizontes del Derecho y del procedimiento penal, trad. de I. Pérez Oliva, Góngora, Madrid, 1887.

FORCADA JORDI, M., "Las inspecciones o registros sobre la propia persona", La Ley, nº. 4, 1990.

FOUCAULT, M., Surveiller et punir: naissance de la prison, Gallimard, París, 1975, trad. Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión, de A. Garzón del Camino, Siglo XXI, Madrid, 2002.

- Hay que defender a la sociedad, trad. de H. Pons, Akal, Madrid, 2003.

FRANCE, A. y WILES, P., "Dangerous futures: social exclusion and youth work in late modernity", Crime & Social Exclusion, editado por Catherine Jones Finer and Mike Nellis, Blackwell Publishers Ltd., Oxford, 1998.

FREIXES SANJUAN, T. y REMOTTI, J.C., El Derecho a la libertad personal. Análisis de Constitución, legislación, Tratados internacionales y jurisprudencia (Tribunal europeo y Tribunal Constitucional), PPU, Barcelona, 1993.

GALÁN, H., "El extranjero en el sistema penitenciario español". El Extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal (adaptado a la nueva LO 4/2000)", Manuales de Formación Continuada, nº. 5, 1999.

GARCÍA ALBERO, R.M., "Régimen disciplinario", en TAMARIT SUMALLA, J.M^a; SAPENA GRAU, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M^a. J., Curso de Derecho Penitenciario, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

GARCÍA ARÁN, M., "Los nuevos beneficios penitenciarios. Una reforma inadvertida", Revista Jurídica de Cataluña, nº. 1, 1983.

- "La prevención general en la determinación de la pena", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, fascículos II y III, 1981.

- Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español, Universitat, D.L., Barcelona, 1982.

- "La ejecución de la pena privativa de libertad y sus alternativas", Derecho Penal. Parte General, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

GARCÍA-BORÉS ESPÍ, J., "Psicología penitenciaria: ¿Trabajar para quién? Análisis de una intervención institucional", en GARCÍA RAMÍREZ, M., *Psicología social aplicada en los procesos jurídicos y políticos*, Eudema, Sevilla, 1994.

- "El impacto carcelario", en BERGALLI, R. y OTROS, *Sistema penal y problemas sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

GARCÍA MANRIQUE, R., "En torno a la libertad, igualdad y la seguridad como derechos humanos básicos, acotaciones a Liborio Hierro", *Doxa*, nº. 23, 2000.

GARCÍA MORILLO, J., "Los derechos de reunión y asociación", en LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN, E., GARCÍA MORILLO, J., PÉREZ TREMP, P. y SATRÚSTEGUI, M., *El derecho a la libertad personal (detención, privación y restricción de libertad)*, Tirant lo Blanch, Universitat de Valencia, Valencia, 1995.

- "Los derechos fundamentales de los internos en centros penitenciarios", *Revista Poder Judicial*, nº. 47, 1997.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., "La supuesta función resocializadora del derecho penal: utopía, mito y eufemismo", *Anuario de Derecho Penal*, t. XXXII, 1979.

- "La resocialización del delincuente ¿un mito?", *Problemas actuales de la Criminología*, Madrid, 1984.

- "Funciones y fines de las Instituciones Penitenciarias", en COBO DEL ROSAL, M. (dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M., (coord.), *Comentarios a la legislación penal*, t. VI, vol. 1, Edersa, Madrid, 1983-1997.

- "Tendencias del actual Derecho Penal" *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001.

GARCÍA VALDÉS, C., *Régimen penitenciario de España*, Instituto de Criminología, Madrid, 1975.

- "Reflexiones sobre el tratamiento penitenciario", *Arbor*, nº. 364, 1976.

- *La reforma de las cárceles*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1978.

- *Estudios de Derecho penitenciario*, Tecnos, Madrid, 1982.

- "Introducción. Derecho penitenciario español, notas sistemáticas", Ponencia presentada a las I Jornadas de Derecho penitenciario, Alcalá de Henares,

celebrado en mayo de 1984, en COBO DEL ROSAL, M. (dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M., (coord.), Comentarios a la Legislación penal, t. VI, vol., I, Edersa, Madrid, 1986.

- Teoría de la pena, Tecnos, Madrid, 1987.

- "Reforma penitenciaria", Derecho Penitenciario, escritos, 1982-1989, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.

- Derecho Penitenciario. (Escritos, 1982-1989), Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.

- "Derecho Penitenciario español: notas sistemáticas", en BUENO ARÚS, F., GARCÍA VALDÉS, C. y otros, Lecciones de Derecho Penitenciario, Europa Artes Gráficas, Salamanca, 1989.

- "Diez años de reforma penitenciaria en España: una recopilación", Derecho Penitenciario (1982-1989), Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.

- Comentarios a la Ley General Penitenciaria, Cívitas, Madrid, 1995.

- "Estar mejor y salir antes: premios y beneficios condicionados a la conducta del recluso en la legislación penitenciaria del XIX y principios del XX", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, vol. LIV, 2003.

- "Las casas de corrección de mujeres: un apunte", en VV.AA., El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos, Libro Homenaje al profesor Torío López, Comares, Granada, 1999.

- La ideología correccional de la reforma penitenciaria española del siglo XIX, Edisofer, Madrid, 2006.

GARÓFALO, R., La Criminología, estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión, La España Moderna, Madrid, 1900.

GARRIDO GENOVÉS, V. y REDONDO, S., "El tratamiento y la intervención en las prisiones", Delincuencia, vol. 3 nº. 13, 1991.

GARRIDO GUZMÁN, L., "Alojamiento e higiene de los internos", en COBO DEL ROSAL, M. (dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M., (coord.), Comentarios a la Legislación penal, t. VI, vol. I, Ley Orgánica General Penitenciaria, Edersa, Madrid, 1986.

- "La participación del recluso en la vida prisional", en COBO DEL ROSAL, M. (dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M., (coord.), Comentarios a la legislación penal, t. VI, vol. I, Ley Orgánica General Penitenciaria, Edersa, Madrid, 1986.

GENDIN, S., "A Plausible Theory of Retribution", Analysis, nº. 32, 1972.

GIL HERNÁNDEZ, A., Intervenciones corporales y derechos fundamentales, Madrid, 1995.

- "Protección de la intimidad corporal. Aspectos penales y procesales", Delitos contra la libertad y la seguridad, Consejo General del Poder Judicial, nº. 3, Madrid, 1996.

GIMÉNEZ SALINAS I COLOMER, E., "Penas privativas de libertad y alternativas", en La individualización y ejecución de las penas, Consejo General del Poder Judicial, nº. IX, Madrid, 1993.

GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., "Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española (Proyecto de 1980 de Código Penal)", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, nº. 3, 1980.

- "La idea moderna de la proporcionalidad de las penas", El pensamiento penal de Beccaria, Bilbao, 1991.

GÓMEZ BRAVO, G., Crimen y castigo: cárceles, justicia y violencia en la España del Siglo XIX, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2005.

GONZÁLEZ NAVARRO, F., "Poder domesticador del Estado y derechos del recluso", en VV.AA., Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, t. II, Civitas, Madrid, 1991, también en Persona y Derecho, nº. 1, 1991.

GONZÁLEZ RUS, J.J., "Control electrónico y sistema penitenciario", VIII Jornadas Penitenciarias Andaluzas, Sevilla, 1994.

GONZÁLEZ ZORRILLA, C., "La Criminología y su función: el momento actual del debate", ADPCP, t. XLV, fasc. II, 1992.

GRIJALBA, J.C., "Los medios coercitivos en los establecimientos penitenciarios", La Ley, 1489 (III), 1986.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones? Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado*, Slovento, Madrid, 2005.

- "Evolución de la tortura en España: de un reputado instituto procesal a un execrable delito", *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, n.º. 2021, 2006.

- *Cárcel electrónica. Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

HALLE, *Fundamenta Iuris Naturae et Pentium, in quibus discernuntur principia honesti, justae ac decorae*, 1705.

HASSEMER, W., "Fines de la pena en el Derecho penal de orientación científico-social", en

Derecho penal y Ciencias sociales, Bellaterra, Barcelona, 1982.

- "Prevención general y aplicación de la pena" *Principales problemas de la prevención general*, trad. de G. Aboso- Tea Löw, Bdef, Buenos Aires – Montevideo, 2004.

HOEKEMA, D.A., "The Right to Punish and the Right to Be Punished", en BLOCKER,

HULSMAN, L., Sistema penal y seguridad ciudadana. Hacia una alternativa, prólogo de J. Bustos Ramírez, Ariel, Barcelona, 1984.

- "La criminología crítica y el concepto de delito", *Poder y Control*, n.º. 0, 1986.

JAKOBS, G., "El principio de culpabilidad", *Estudios de Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 1997.

JESCHECK, H.H., *Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del Derecho penal*, Bellaterra, Barcelona, 1980.

JIMÉNEZ VILLAREJO, J., "Las medidas de seguridad en el Código penal de 1995. Aspectos generales", *Estudios sobre el Código penal de 1995, parte general*, Estudios de Derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

JUANES PECES, A., "Constitucionalidad de la medida de aislamiento en celda aplicada en virtud del artículo 10 de la Ley General Penitenciaria y de la Circular 2470/92 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias", *Jueces para la Democracia*, n.º. 23, Madrid, 1994.

KAISER, G., "Resozialisierung und Zeitgeist", Kultur-Kriminalität-Strafrecht, Festschrift für Th. Würtenberger zum 70 Geburtstag, Berlín, 1977.

- Introducción a la Criminología, trad. de J.L. Rodríguez Devesa, Dykinson, Madrid, 1988.

KANT, E., "metafísica de las costumbres", cita de CEREZO MIR, J., curso de Derecho Penal Español, Tecnos, Madrid, 2004.

KAUFFMANN, H., Principios para la reforma de la ejecución penal, Depalma, Buenos Aires, 1977.

KOMESAR, N.K., Law's Limits. The Rule of Law and the Supply and Demand of Rights, Cambridge University Press, Cambridge (Reino Unido), 2001.

KRAUSE, J.U., "Prisons et Crimes dans l'Empire Romain," in BERTRAND-DAGENBACH, C., (ed.), Carcer: Prison et privation de liberté dans l'Antiquité classique. Actes du colloque de Strassburg, 5 et 6 décembre 1997, De Boccard, París, 1999.

"LAMARCA PÉREZ, C., "Los derechos de los presos", en AA.VV., Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1994.

LANDROVE DÍAZ, G., "Prisión y sustitutivos penales", en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F., (coords.) El Nuevo Derecho Penal español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Aranzadi, Navarra, 2001.

- Las consecuencias jurídicas del delito, Tecnos, Madrid, 2005.

LARRAURI PIJOAN, E., "Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho penal español", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, vol. 1, 1991.

- "La mujer ante el Derecho penal", Revista de la Asociación de Ciencias Penales, nº. 11, 1996.

LEGANÉS GÓMEZ, S., Clasificación penitenciaria, permisos de salida y extranjeros en prisión, Dykinson, Madrid, 2002.

- "La crisis del tratamiento penitenciario", disponible en www.personal5.iddeo.es

LILLY, R. y BALL, R., "A Brief History of House Arrest and Electronic Monitoring", Northern Dentucky Law Rewuevm, n.º. 17 (3), 1987.

LISLE, J., "The justification of punishment", International Journal of Ethics, n.º. 25, 1914. LISZT, F. V., Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, t. I, Berlín, 1905.

LLORCA ORTEGA, J., Cárceles, presidios y casas de corrección en la Valencia del siglo XIX. Apuntes históricos sobre la vida penitenciaria valenciana, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

LOMBROSO, C., L'uomo delinquente studiato in rapporto alla Antropologia, alla Medicina Legale ed alla discipline carcerarie, Hoepli, Milán, 1897.

LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA, J., Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida, Akal, Madrid, 1989.

LÓPEZ BARJA, J. y RODRÍGUEZ RAMOS, L., "La intimidad corporal, devaluada", Poder Judicial, n.º. 4, 1990.

LÓPEZ CABRERO, G., "Penas cortas de prisión. Medidas sustitutivas", Poder Judicial, n.º. 40, Consejo General del Poder Judicial, octubre-diciembre, 1995.

LUZÓN PEÑA, D.M., Medición de la pena y sustitutivos penales, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1979.

- "Control electrónico y sanciones alternativas a la prisión", VIII Jornadas Penitenciarias Andaluzas (1991), Junta de Sevilla, Dirección General de Administración Local y Justicia, Sevilla, 1994.

MABILLON, J., "Reflexions sur les prisons des ordres religieux," in THUILLIER, V., (ed.), Ouvrages posthumes de D. Jean Mabillon et D.Thirri Ruinart, F. Babuty, Paris, 1824.

MANZANOS BILBAO, C., El sistema de dominación carcelario y sus efectos desocializadores, Instituto internacional de Sociología Jurídica de Oñati, Vitoria-Gasteiz, 1991.

- Contribución del sistema carcelario a la marginación socio-económica familiar, Universidad de Deusto, Bilbao, 1991.

- Cárcel y marginación social. Contribución e investigación aplicada a la Sociedad Vasca, Donosita: tercera prensa, Gakoa Liburuak, Guipuzkoa, 1991.

- "Reproducción de lo carcelario: el caso de las ideologías resocializadoras", en RIVERA BEIRAS, I., (coord.), Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales, Tercera Ponencia: "Resocialización y tratamiento penitenciario: sus posibilidades y sus límites", Bosch, Barcelona, 1994.

- "Funciones y objetivos de las prisiones. La cárcel contra el Estado de Derecho", Hika, nº. 133, 2002.

- "Vivencias y percepciones de las mujeres presas de su discriminación en las cárceles ubicadas en el País Vasco", en ALMEDA SAMARANCH, E. y BODELÓN GONZÁLEZ, E., Mujeres y castigo: un enfoque socio-jurídico y de género, Instituto Internacional de Sociología jurídica de Oñati, Dykinson Madrid, 2007.

MAPELLI CAFFARENA, B., "Los fines de la ejecución de la pena privativa de libertad", Ponencia de las I Jornadas Penitenciarias Andaluzas, Sevilla, 1983.

- "Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad", Estudios penales y Criminológicos, t. XVI, 1993.

- "El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional", Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales, Jornadas Penitenciarias organizadas por la Associació Catalana de Juristes Democrates, Bosch, Barcelona, 1994.

- "Las medidas de seguridad no privativas de libertad", Estudios sobre el Código penal de 1995, Parte general, Estudios de Derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

- "El Nuevo Reglamento Penitenciario: ¿una herramienta reinsertadota?, "Las 'nuevas' Políticas Penales: ¿un cambio hacia dónde?", Panóptico, Tercer Número, 1997.

- "Contenido y límites del la privación de libertad (Sobre la constitucionalidad de las sanciones disciplinarias de aislamiento)", en AA.VV., El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López, Comares, Granada, 2000.

- "Perspectivas actuales de la pena privativa de libertad con especial referencia a la población reclusa extranjera", Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, t. III, 2001.

- "Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas" Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, nº. 8, 2006.

MAPELLI CAFFARENA, B. y TERRADILLOS BASOCO, J., Sistema de sanciones en el derecho penal, Gráficas Minerva, Sevilla, 1989.

MARCHETTI, A.M., "Pauvreté et trajectoire carcérale", Approches de la prison, C. Faugeron, De Boeck Université, Bruselas, 1997.

MARCOS DEL CANO, A.M., "La seguridad jurídica: su configuración actual", en VV.AA., Teoría y metodología del Derecho. Estudios en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba, vol. II., Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" de la Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2008.

MARÍN RIOS, J.A. y DE PABLOS PÉREZ, J., Seguridad en Centros Penitenciarios: (régimen cerrado), Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

MARTÍN RETORTILLO BAQUER, L., "Régimen constitucional de los derechos fundamentales", Derechos fundamentales y Constitución, Cívitas, Madrid, 1988.

- "Eficacia y garantía de los derechos fundamentales", Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, t. II, Civitas, Madrid, 1991.

MARTÍNEZ GALINDO, G., Galerianas, corrigendas y presas. Nacimiento y consolidación de las cárceles de mujeres en España (1608-1913), Edisofer, Madrid, 2002.

MELOSSI, D. y PAVARINI, M., Cárcel y fábrica: los orígenes del sistema penitenciario. Siglo XVI-XIX, Siglo XXI, Madrid, 2005.

MILITELLO, V., Prevenzione generale e commisurazione della pena, Guffrè, Milan, 1982.

MIR PUIG, S., "Fundamento constitucional de la pena y teoría del delito", Doctrina Penal, 1979.

- Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, Bosch, Barcelona, 1982.

MOLINA BLÁZQUEZ, M^a C., La aplicación de la pena, Bosch, Barcelona, 1996.

MORALES PRATS, F., *La tutela penal de la intimidad. Privacy e informática*, Destino, Barcelona, 1984.

- "Precisiones conceptuales en torno a la culpabilidad: convenciones normativas y función individualizadora", en AA.VV., *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamento. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Comares, Granada, 2000.

MORRIS, N. y ROTHMAN, D.J., *The Oxford History of the Prison: the Practice of Punishment in Western Society*, Oxford University Press, Oxford, 1998.

MUÑAGORRI, I., "Privación de libertad y derechos fundamentales", *Privación de Libertad y Derechos Humanos. La tortura y otras formas de violencia institucional*, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 2008.

MUÑOZ CONDE, F., "Resocialización y tratamiento del delincuente en los establecimientos penitenciarios españoles", *La Reforma Penal, cuatro cuestiones fundamentales*, Universidad de Madrid, 1982.

- "La resocialización del delincuente: análisis y crítica de un mito", *Libro Homenaje a Antón Oneca*, Salamanca, 1982.

- "La cárcel como problema: análisis y crítica de una realidad", *I Jornadas Penitenciarias andaluzas*, Sevilla, 1983.

- *Derecho penal y Control social*, Fundación Universitaria de Jerez, Cádiz, 1985.

- "La prisión como problema: resocialización versus desocialización", *Papers d'Estudis i Formació*, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Barcelona, 1987.

- "Excurso: incapacitación: la pena de prisión como simple aseguramiento o inocuización del condenado", en DE LEÓN VILLALVA, F.J., (coord.), *Derecho y prisiones hoy*, nº. 93, 2003.

MUÑOZ CONDE, F. y HASSEMER, W., "Excurso: el Tratamiento Penitenciario", *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.

NAVAKWE, W.M., *Punishment and Prevention of Crime in Jeremy Bentham's Thought*, Microform, 1983.

NEUMAN, E., "Aspectos penológicos", en NEUMAN, E. y IRURZUN, V.J., La sociedad carcelaria. Aspectos penológicos y sociológicos, reimpresión, Dalmata, Buenos Aires, 1977.

NICOLÁS GUARDIOLA, J. J., Evolución de la Política Penitenciaria Europea, Aranzadi, Navarra, 2011.

NICOLÁS GUARDIOLA, J. J. y GINER ALEGRÍA, C. A., Políticas de Seguridad ciudadana en el contexto Urbano, Diego Marín, Murcia, 2014.

PAVARINI, M., "La pena utili, la sua crisi e il disincanto: verso una pena senza scopo", Rassegna Penitenziaria el Criminologica, Dottrina e Recherche, 1983.

- Los confines de la cárcel, Carlos Álvarez editor, Montevideo, 1995.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., "Notas sobre el concepto de derechos fundamentales", Filosofía y Derecho. Estudios en honor del Profesor José Corts Grau, vol. II, Universidad de Valencia, Valencia, 1977.

- Derechos sociales y positivismo jurídico, (escritos de Filosofía jurídica y política), Instituto de Derechos Humanos, "Bartolomé de las Casas", Universidad Carlos III, Dykinson, Madrid, 1999.

- La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" de la Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2003.

PEITEADO MARISCAL, P., La ejecución jurisdiccional de condenas privativas de libertad, Edersa, Madrid, 2000.

PELLUZ ROBLES, L.C., "Las comunicaciones de los reclusos con familiares, amigos y allegados", en VV.AA., I Curso monográfico para Jueces de Vigilancia Penitenciaria, noviembre de 1995, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.

PEÑA MATEOS, J., "Antecedentes de la prisión como pena privativa de libertad en Europa hasta el siglo XVII", en GARCÍA VALDÉS, C., (dir.), Historia de la prisión: teorías economicistas, crítica, Edisofer, Madrid, 1997.

PÉREZ LUÑO, A.E., "La evolución del Estado social y la transformación de los derechos fundamentales", en OLIVAS CABANILLAS, E., (dir.), Problemas de legitimación en el Estado social, Trota, Madrid, 1991.

- "Las generaciones de derechos humanos en el ámbito penitenciario", Tendencias modernas en la Legislación penitenciaria, en VV.AA., Derecho Penitenciario y Democracia, Fundación El Monte, Sevilla, 1993.

- La seguridad jurídica, Ariel, Barcelona, 1994.

- "Diez tesis sobre la titularidad de los derechos humanos", en VV.AA., Una discusión sobre derechos colectivos, Dykinson, Madrid, 2001.

- Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución, Tecnos, Madrid, 2005.

- Dimensiones de la igualdad, Cuadernos "Bartolomé de las Casas" de la Universidad Carlos III de Madrid, nº. 34, Dykinson, Madrid, 2007.

PÉREZ REY, J.L., "La naturaleza de los derechos sociales", Derechos y Libertades, nº. 16, 2007.

PINATEL, J., La sociedad criminógena, trad. de L. Rodríguez Ramos, Aguilar, Madrid, 1979.

PIRES, A. P., LANDREVILLE, P. y BLANKEVOORT, V., "Système pénal et trajectoire sociale", Déviance et Société, nº. 5, 1981.

PISANI, M., Libertà personale e processo, Cedam, Padua, 1974.

- Studi di diritto premiale, Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, Milan, 2001.

PLATÓN., "Las Leyes", libro IX, Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1990.

POLAINO NAVARRETE, M., "Las medidas coercitivas de la disciplina penitenciaria", Comentarios a la legislación penal. Ley Orgánica General Penitenciaria, Edersa, Madrid, 1986.

POZA CISNEROS, M., "Las nuevas tecnologías en el ámbito penal", Revista del Poder Judicial, nº. 65, 2002.

PRIETO SANCHÍS, L., "Igualdad y minorías", Derechos y Libertades, nº 5, 1995.

- "Igualdad y minorías", Tolerancia y minorías. Problemas jurídicos y políticos de las minorías en Europa, (coord.), Colección Humanidades, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 1996.

- "Minorías, respeto a la disidencia e igualdad sustancial", *Doxa*, nº. 15-16, vol. I, 1994.

- Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1981.

PRIETO SANCHÍS, L., DE PÁRAMO, J.R. y LAPORTA, F.J., (comps.), *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2004.

PUEYO, A., & REDONDO, S., *Predicción de la violencia: entre la peligrosidad y la valoración del riesgo de violencia*. *Papeles del psicólogo*, 28(3), Barcelona, 2007.

RABOSI, E., "Sobre la justificación moral del castigo", *Problemas actuales de las Ciencias Penales y de la Filosofía del Derecho-Homenaje al profesor L. Jiménez de Asúa*, Pannedille, Buenos Aires, 1970.

- "Sobre la justificación moral de las acciones. El tema del castigo", *Crítica*, *Revista Hispanoamericana de Filosofía*, nº. IV, 1972.

RACIONERO CARMONA, F., "El derecho a las comunicaciones. Regímenes especiales", en VV.AA., *I Curso monográfico para Jueces de Vigilancia Penitenciaria*, noviembre de 1995, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.

- *Derecho Penitenciario y privación de libertad. Una perspectiva judicial*, Dykinson, Madrid, 1999.

RAMOS VÁZQUEZ, I., "Cárceles públicas y privadas en el Derecho medieval y castellano: el delito de cárceles particulares", *Revista de Estudios histórico-jurídicos*, nº. 28, 2006.

REDONDO, S., "Evaluar e Intervenir en las Prisiones", PPU, Barcelona, 2007.

RENART GARCÍA, F., "El sistema de sanciones en el régimen disciplinario penitenciario", *Diario La Ley*, t. II, nº. 5476, 2002.

RENOM, A., *La reinserción social: un proceso necesario para el retorno a la comunidad*, Generalitat de Catalunya, Dpto. de Justicia, Presó i Comunitat, Caixa de Barcelona, Barcelona, 1988.

REVIRIEGO PICÓN, F., "Intimidad corporal y cacheos con desnudo integral tras las comunicaciones íntimas de los reclusos a la luz de la CTC 218/2002, de 25 de noviembre", *Revista General Informática de Derecho*, nº. 1, 2003.

- "Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales. Algunos apuntes sobre el derecho a la intimidad en los Centros penitenciarios", *Panóptico, Observatorio penitenciario*. Una versión de este artículo, *Revista Derechos y Libertades*, nº. 13, fue presentado como Comunicación al VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, celebrado en la Universidad de Sevilla en diciembre de 2003.

- "Notas a STC 218/2002, de 25 de noviembre: intimidad corporal de los reclusos", *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, t. XXXVIII, 2005.

- "Los derechos de los reclusos", en SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., (coord.), *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

- "Justicia, cárceles y derechos, y demás historias", *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, nº. 13, 2006.

- *Los derechos de los reclusos en la Jurisprudencia constitucional*, Universitas, Madrid, 2008.

- *España: centros penitenciarios y derechos fundamentales*", en CESANO, J.D. y REVIRIEGO PICÓN, F., (coords.), *Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones*, Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2010.

RÍOS MARTÍN, J.C., *Vientos de libertad: experiencia compartida de lucha contra la cárcel y el sida*, Sal Terrae, Santander, 1994.

- *Mil voces presas*, Universidad Pontificia de Madrid, Madrid, 1998.

- "Cárcel y Derechos Humanos", *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario* (dir. de M. Balado y J.A. García Regueiro), Bosch, Barcelona, 1998.

RÍOS MARTÍN, J.C. y CABRERA CABRERA, P.J., "La cárcel: Descripción de una realidad", *Cuaderno de Derecho Penitenciario*, nº. 5, 1999.

- *Mirando el abismo. El régimen cerrado*, Universidad Pontificia de Madrid, Madrid, 2002.

RIVERA BEIRAS, I., "La cárcel en España: de la autonomía administrativa al control jurisdiccional", Cuadernos de Política Criminal, nº. 44, Instituto Universitario de Criminología, Universidad Complutense de Madrid, Edersa, Madrid, 1991.

- "Los derechos fundamentales en la privación de la libertad. (Análisis socio-jurídico de la normativa internacional), en RIVERA BEIRAS, I., (coord.), Cárcel y Derechos Humanos: un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos, Bosch, Barcelona, 1992.

- Cárcel y derechos humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los Derechos Fundamentales de los reclusos, Bosch, Barcelona, 1992.

- La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos: la cárcel, los movimientos sociales y una cultura de la resistencia, Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, Bosch, 1993.

- "La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos", en RIVERA BEIRAS, I., (coord.), Tratamiento Penitenciario y Derechos Fundamentales, Jornadas Penitenciarias organizadas por la Associació Catalana de Juristes Demócrates, Primera Ponencia "Sistema penal y penitenciario y derechos fundamentales de los reclusos", Bosch, Barcelona, 1994.

- La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de 2º categoría, Bosch, Barcelona, 2000.

- "La cárcel y el sistema penal (en España y en Europa), en BERGALLI, R. y otros, Sistema penal y problemas sociales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

- "Qué son los Centros de Internamiento", 2006.

- La cuestión carcelaria. Historia, epistemología, derecho y política penitenciaria, Del Puerto, Buenos Aires, 2006.

RIVERA BEIRAS, I. y ALMEDA, E., Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas, Anthropos, Barcelona, 2005.

RIVERA BEIRAS, I. y CANO, F., Privación de libertad y derechos humanos. La tortura y otras formas de violencia institucional, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona, Icaria, Barcelona, 2008.

ROCA AGAPITO, L., El sistema de sanciones en el Derecho penal español, Bosch, Barcelona, 2007.

RODRÍGUEZ BLANCO, M., La libertad religiosa en Centros Penitenciarios, Ministerio de Interior, Madrid, 2008.

RODRÍGUEZ CASADO, J.N., Vivir en Centro Penitenciario. Análisis criminológico del internamiento, Bilbao, 2005.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., "El derecho a la libertad: régimen de la prisión provisional",

Poder Judicial, nº. 1, 1986.

ROIG BUSTOS, L., "La sanción de aislamiento en celda en el Derecho Penitenciario español", La Ley, nº. 977, 1984.

ROXIN, C., "Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht", Fest. Bockelmann, 1978, trad. "Culpabilidad, prevención y responsabilidad en Derecho Penal", Culpabilidad y prevención en Derecho Penal, Reus, Madrid, 1991.

RUIDÍAZ GARCÍA, C., "Una mirada a la vida en las prisiones: los reclusos y su mundo", Cuadernos de Política Criminal, nº. 54, 1994.

RUÍZ VADILLO, E., "Algunas consideraciones sobre la reforma de las penas privativa de libertad": El sistema penitenciario, Estudios Penales y Criminológicos, nº. 2, 1977-1978.

- "La sociedad y el mundo penitenciario, la protección de los derechos fundamentales en la cárcel", Eguzkilore, nº. 13, 1999.

SÁNCHEZ CONCHEIRO, M^a T., Para acabar con la prisión. La mediación en el Derecho Penal. Justicia de proximidad, Sociedad y Opinión, Icaria, Barcelona, 2006.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., Dogmática y práctica de los derechos fundamentales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

- (coord.), En torno a la igualdad y a la desigualdad, Dykinson, Madrid, 2009. SÁNCHEZ MATA, V., "Hacinamiento y prisión", Cuadernos de Política, nº. 48, 1992.

SANZ MORÁN, A.J., Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal, Colección Monografías penales, Lex Nova, Valladolid, 2003.

SCARFÓ, F., Indicadores sobre las condiciones de realización del derecho a la educación en las cárceles, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata, Argentina, 2008.

SCHOEN, B., "Administrative Supervision of Prison Administration", Monitoring Prison Conditions in Europe (report of a European seminar held in Marly-le Roi, France on 25- 27, october, 1996, París, 1997.

SCHÜLLER-SPRINGORUM, H., Strafvollzug im Übergang. Studien zum Stand der Vollzugsrechtslehre, Göttingen, 1969.

SCHOPENHAUER, A., "La nave de los locos", Premiá, Mexico, 1981.

SEGOVIA BERNABÉ, J.L., "En torno a la reinserción social y a otras cuestiones penales y penitenciarias", Anuario de la Escuela de Práctica Jurídica de la UNED, nº. 1, 2006.

SEMPERE RODRÍGUEZ, C., "Artículo 18. Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen", en ALZAGA VILLAAMIL, O., (dir.), Comentarios a la Constitución Española de 1978, t. II, Edersa, Madrid, 1997.

SENECA, L. A., De la Cólera, Libro I, Cap.VI y IVX, Alianza Editorial, Madrid, 1986.

SERRANO ALBERCA, J.M., "Las garantías jurisdiccionales como derechos fundamentales", Anuario de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid, nº. 3, 1984-1985.

SOBREMONTÉ MARTÍNEZ, J.E., "La Constitución y la reeducación y resocialización del delincuente", Cuadernos de Política Criminal, nº. 12, 1980.

STELLA, F., "Il problema della prevenzione della criminalità", Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati, Il Mulino, Bologna, 1980.

TAFT, B.D., Criminology, Nueva York, Toronto, 1970.

TAMARIT SUMALLA, J. M., "El tratamiento penitenciario", en TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., SAPENA GRAU, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., (coords.), Curso de Derecho Penitenciario, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

TARRÍO GONZALES, X., Huye, hombre, huye. Diario de un preso F.I.E.S, Virus, Barcelona, 1.997.

TAYLOR, I., "Free Markets and the Costs of Crime: An Audit of England and Wales", en WALTON, P. y YOUNG, J., *The New Criminology Revisited*, Houndmills, Basingstoke, Hampshire, MacMillan Press, New York, St. Martin's Press, 1998.

TÉLLEZ AGUILERA, A., *Seguridad y disciplina penitenciaria, Un estudio jurídico*, Edisofer, Madrid, 1998.

- *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones, Derecho y realidad*, Edisofer, Madrid, 1998.

TERRADILLOS BASOCO, J., "Marginalidad social, inmigración, criminalización", en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C. y DÍAZ SANTOS, D., *El derecho penal ante la globalización*, Colex, Madrid, 2002.

TORRENTE, D., *Desviación y delito*, Alianza Editorial, Madrid, 2001.

URÍAS MARTÍNEZ, J., "El valor constitucional del mandato de resocialización", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº. 63, 2001.

VALVERDE MOLINA, J., *La cárcel y sus consecuencias. La intervención sobre la conducta desadaptada*, Popular, Madrid, 1991.

- "Propuestas de intervención ante los efectos del encierro", Cuartas Jornadas Nacionales y Seminario Interdisciplinario, *Las consecuencias del encierro en la subjetividad. Cultura y educación en el proceso de inclusión*, Conferencia del 8 de noviembre de 2006.

VEGA ALONSO, J., *Consideraciones en torno a la ejecución de las penas de libertad*, Madrid, 2001.

VILLAREJO, J., Prólogo de la obra de ARNÁNZ, E., *Cultura y prisión. Una experiencia y un proyecto de acción sociocultural penitenciaria*, Popular, Madrid, 1988.

VON HIRSCH, A., *Censurar y castigar*, Trotta, Madrid, 1998.

VON LISZT, F., *la idea del fin en el Derecho Penal*, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad De Valparaíso De Chile, México, 1994.

WACQUANT, L., *Las cárceles de la miseria*, Alianza Editorial, Madrid, 2000.

WALKER, N., "La eficacia y la justificación moral de la prevención", *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 11, 1980.

WHEELER, S., "Socialization in Correctional Communities", *American Sociological Review*, nº. 26, 1961.

WOLFGANG, R. y MICHAEL, N., "Franz Joseph Gall and his "talking skulls" established the basis of modern brain sciences", *Wien Med Wochenschr*, nº. 158, 2008.

ZAFFARONI, E. R., "Las penas crueles son penas", *Lecciones y Ensayos*, nº. 56, 1996.

ZARAGOZA TEULER, V.A., "Intervención de las comunicaciones: puntuales aspectos sustantivos y procesales", *Área Legal*, 2003.

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., "La prevención penal en la individualización judicial de la pena", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t, 34, 1981.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., "El tratamiento penitenciario", en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (coords.), *Manual de Derecho Penitenciario*, Colex, Madrid, 2001.

2. FUENTES JURÍDICAS.

.- AATC 15/1984, de 11 de enero; 486/1985, de 10 de julio; SSTC 2/1987, de 21 de enero; 19/1988, de 16 de febrero; 1112/1988, de 10 de octubre, entre otras.

.- ATC 151/1984, de 7 de marzo, señala que el art. 25.2 no contiene un derecho fundamental sino un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos. En el mismo sentido, la STC 28/1988, de 23 de febrero.

.- AAP de Bilbao de 31 de diciembre de 1987, y AJVP de Sevilla de 3 de junio de 1988.

.- STC 112/1988, 2ª, 8.6.1988 (BOE nº 152 25.6.1988; MP: Gloria Begué Cantón).

.- STC 19/1988, de 16 de febrero, Fj. 9.

.- STC 132/1989, de 18 de Julio.

.- STC 104/1990, 2ª, 4.6.1990 (BOE nº 160 5.7.1990; MP: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer).

.- w.w.w.noticias jurídicas.es - "Control Social Punitivo: Anuario de Filosofía Del Derecho", T. IX, 1992.

.- STC 17/1993, de 18 de enero y AATC 256/88, de 21 de diciembre.

.- STC 341/1993, de 18 de noviembre.

.- SSTC 129/1995, de 11 de septiembre; 128/1996, de 6 de noviembre; 157/2000, de 12 de junio; AJVP nº 2 916/1999, de 30 de junio y 2035/2003, de 16 de septiembre, por el JVP nº 1; AAP de Madrid 2520/2002, de 27 de septiembre; AAP de Madrid 2093/2002, de 23 de julio; AAP de Baleares 343/2007, de 11 de septiembre.

.- SSTC 81/1997, de 22 de abril; 137/2000, de 29 de mayo, que vienen a indicar que todos los permisos de salida cooperan potencialmente a la preparación de la vida en libertad del interno, pero no es suficiente para conferirles la categoría de derecho subjetivo, ni menos aún de derecho fundamental.

.- STC 147/2000, de 29 de mayo.

.- "Notas a STC 218/2002, de 25 de noviembre: intimidad corporal de los reclusos", Anuario Jurídico y Económico Escorialense, t. XXXVIII, 2005.

.- STC 59/2008, de 14 de mayo, resuelve la cuestión de inconstitucionalidad 5939/2005, interpuesta por la Juez de lo Penal nº 4, de Murcia, contra la Ley Integral Contra la Violencia de Género (L.O. 1/2004, de 28 de diciembre).

.- Gran Sala del Tribunal Europeo De Derechos Humanos. Caso Del Río Prada contra España. Demanda nº: 42750/2009.

3. OTRAS FUENTES.

.- Aspectos de la Criminología en España: Revista General Del Derecho, nº.: 440-441, 1981.

.- El Sistema Penitenciario: Cuadernos de Política Criminal, nº.: 30, 1986.

.- Globalización y Control Social: Revista de Ciencias Sociales, nº.: 160, Madrid, 2001.