

- SOSENSKI, S.: "Un remedio contra la delincuencia: el trabajo infantil en las instituciones de encierro de la ciudad de México durante la posrevolución" en *Asclepio. Revista de Historia de la Medicina y de la Ciencia*, vol. LX, nº 2, 2008.
- THORNDIKE, E. L.: *Intelligence and its use*. Harper's Monthly Magazine, nº 140. 1920.
- VALLEJO NÁJERA, J. A.: *Guía práctica de psicología*, Ed. Temas de hoy, Madrid, 2005.
- VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: *Delincuencia juvenil. Consideraciones penales y criminológicas*, Ed. Colex, Madrid, 2003.
- WEST D. J. Y FARRINGTON, D. P.: *Who becomes delinquent?* Ed. Heinemann Educational Books, London, 1973.
- WILKINSON, J. Y CANTER, S.: *Social skills training manual: Assessment, programme design and management of training*, Ed. Wiley, Chichester, 1982.
- ZUCKERMAN, M.: *Behavioral expressions and biological bases of sensation seeking*, Ed. Cambridge University Press, Nueva York, 1994.

Fecha de recepción: 19/07/2012
Fecha de aceptación: 1/09/2012

EJECUCIÓN PENITENCIARIA EN ESPAÑA: REFLEXIONES ACERCA DEL PANORAMA ACTUAL

DIEGO P. MANZANARES JIMÉNEZ
Abogado. Profesor de Derecho Procesal
Universidad Católica San Antonio de Murcia

PATRICIA HURTADO GÓMEZ
Jurista del Cuerpo Superior de Técnicos de Instituciones penitenciarias

RESUMEN

Reflexión sobre las razones de carácter social jurídico y el papel de los medios de comunicación en la tendencia de endurecimiento de penas restrictivas de la libertad en el ordenamiento jurídico español frente a la reducción de la delincuencia en España. Análisis de las consecuencias que ejercen las últimas reformas de la legislación penitenciaria sobre la población reclusa y de los efectos que se producen tanto por consecuencia de un progresivo aumento temporal de las penas como de la regulación de nuevos delitos sancionados con medidas de cárcel.

Palabras clave: Endurecimiento de las penas, pena privativa de libertad, población reclusa, delito, delincuencia.

ABSTRACT

Reflection about the legal and social considerations and the role of the media in the trend of restricting imprisonment penalties in the Spanish legal system and its opposition with the reduction of delinquency. Analysis of the effects exerted by the latest reforms of prison legislation and over the prison population in order to study the progressive increase of time and the new crimes sanctioned with imprisonment.

Key words: Enforcement penalties, imprisonment, prisoners, crime.

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho Penal es un recurso necesario en todas las sociedades para hacer frente a los ataques de los que son objeto los bienes jurídicos que el Estado considera dignos de protección. Ciertos casos en los últimos tiempos, por su gravedad y dureza han sido macabros exponentes de la actividad delictiva y han tenido un protagonismo desmedido en los medios de comunicación, lo que ha elevado la alarma social y ha predisposto a los operadores jurídicos y políticos a proponer el endurecimiento de las penas. Del juego de la excesiva y detallada comunicación de los extremos relativos a estos casos por parte de los medios de comunicación y el desconocimiento de la realidad que se refiere a la actividad delictiva se ha generado una corriente de opinión en la sociedad española que nos sitúa, cuando se reflexiona pausadamente, a que hay una concepción errónea acerca de la situación de la criminalidad en nuestro país. La exigencia del incremento de las penas, por entender que estas no son lo suficientemente duras, o porque no se cumplen en su totalidad, o el endurecimiento de las condiciones en que se ejecutan las penas, alegando que los beneficios penitenciarios no solo no contribuyen a la finalidad constitucionalmente proclamada de las penas, sino que son oportunidades que los delincuentes aprovechan para cometer nuevos delitos o para evadirse de sus responsabilidades penales, parecen que no tienen en cuenta importantes datos, criterios y circunstancias que afectan directamente a la delincuencia en la actualidad.

Las percepción relativa a la necesidad de endurecer penas para disuadir de la comisión de actividades delictivas ha de entenderse justamente, teniendo en cuenta el obligado referente a la normalidad social y a la configuración del nuestro como un Estado de Derecho que toma como punto de partida en la ejecución penitenciaria el contenido del artículo 25.2 de nuestra Constitución, de forma que:

“Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social, y no podrán consistir en trabajos forzados.

El condenado a pena de prisión que se encuentre cumpliendo la misma, gozará de los derechos fundamentales de esta Capítulo, a excepción de los que se ven expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley Penitenciaria, 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 el acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad”¹.

¹ Así el Tribunal Constitucional ha señalado que aún cuando la reeducación y reinserción sean los fines primordiales de las penas privativas de libertad, la CE. No establece que “sean la única

Una mirada sobre la delincuencia en España, pone de manifiesto un descenso global de la misma en los últimos 20 años, circunstancia que choca frontalmente con la percepción de la sociedad española actual y el incremento paralelo tanto de la creación de nuevas figuras punitivas como el mayor uso del recurso a la pena de prisión. Actualmente la presión mediática y social ha generado un caldo de cultivo donde frente a las directrices que marca la Constitución, se pretende desde la sociedad civil un mayor protagonismo del ámbito penal. Sobre esta realidad ha de recordarse que a pesar de la creencia popular, el uso desmesurado del Derecho Penal como único o principal medio para hacer frente a la delincuencia, no es siempre la solución más acertada, puesto que el incremento de las penas, como han puesto de manifiesto numerosos criminólogos² carece de todo efecto preventivo general relevante.

Igualmente en otro orden de cosas, no podemos obviar la paradoja resultante del hecho que, teniendo una de las legislaciones penales más duras de Europa y una población reclusa que no ha parado de crecer, nuestra tasa de criminalidad esté significativamente por debajo de la media europea. Esta tasa en España se sitúa en torno al 48%, cifra notablemente inferior a la media europea (70,4), donde sólo se encuentran por encima Grecia, Portugal e Irlanda, y lejos Francia (57,5), Alemania (76,3) o Gran Bretaña (101,6)³. Respecto a las cifras publicadas por la Administración General del Estado⁴ puede observarse con meridiana claridad que la evolución de la población reclusa española ha seguido un ritmo creciente desde el año 1998,

finalidad legítima de la pena privativa de libertad” (STC 28/1988, de 23-2, con cita de ATC. 780/1986; lo mismo STC 19/1988, de 16-2 y SSTs. 81/1993, de 26-1 y 625/1999, de 21-4), sino que “supone un mandato del constituyente al legislador para la orientación de la política penal y penitenciaria” (ATC. 1112/1988, de 10-10). Ha recordado el Tribunal Constitucional que “el artículo 25.2 de la CE. No resuelve sobre la cuestión referida al mayor o menor ajustamiento de los posibles fines de la pena al sistema de valores de la Constitución ni, desde luego, de entre los posibles (prevención especial, retribución, reinserción, etc. Ha optado por una concreta función de la pena” (SSTC 150/1991, de 4-7 y 120/2000, de 10-5), refiriéndose igualmente a “la función de prevención general, disuasoria y ejemplificadora junto a la retributiva (ASTC. 198 y 199/1995, de 3-7); y, en esta misma línea, se insiste en que la reeducación y la reinserción social de los delincuentes (art. 25.2 CE.).

² SILVA SÁNCHEZ, J.M. “El concepto del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008”, en Cuadernos Penales de J.M. LIDÓN Y ORTIZ DE URBINA “Análisis económico del Derecho y Política Criminal. no constituyen los únicos fines lícitos de las penas privativas de libertad, que también persiguen una finalidad de prevención (general y especial)” (STS 992/2000, de 2-6). En este sentido, interesantísimo el discurso de apertura del año académico 2001-2002, de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia por el Excmo. Sr. D. JOSÉ M^a LUZÓN CUESTA “Reflexiones sobre el cumplimiento de las penas privativas de libertad”.

³ En este sentido es interesante el artículo publicado por HORACIO ROLDÁN BARBERO en la *Revista de Ciencia Penal y Criminología*, N^o 12-04, 2010.

⁴ Informes de la Administración General del Estado 1999-2004.

así mientras en el año 1996 se contabilizaban 38.037 internos, en febrero de 2012 que corre contamos con 69.037 reclusos⁵.

La relación de los parámetros que venimos comentando indican que el aludido crecimiento en la población de reclusos no obedece necesariamente a un aumento de la delincuencia en nuestro país, sino a la desmesurada utilización de la pena de prisión, a través de vías que van desde la creación de nuevas figuras punitivas, hasta el endurecimiento de las penas ya existentes.

Una revisión hacia atrás, nos acerca a elementos que ayudan a comprender el porqué de esta tendencia social, así recordemos como la entrada en vigor del Código Penal en 1995 acabó con la redención de penas por trabajo, lo que supuso que la diferencia entre la pena impuesta y la efectivamente cumplida en los centros penitenciarios disminuyese. En sentido contrario a la intención última de la norma, se aumentó su dureza temporal para una serie de delitos (hurtos, robos, tráfico de drogas, lesiones), casi duplicando el tiempo medio de estancia en prisión⁶.

Desde entonces hasta hoy, quizás desde siempre si tenemos en cuenta la historia de las instituciones penitenciarias, la sobreocupación carcelaria sigue constituyendo el principal problema en los Centros Penitenciarios de nuestro país, principalmente desde que opera el incremento real de las penas introducido por el CP de 1995 y las progresivas reformas del mismo efectuadas sobre todo a partir del año 2003. Destaca en este sentido la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas que obedecía, al derecho del interno a "conocer con certeza cuál es la forma en que se van a aplicar las penas con un mayor protagonismo del principio de seguridad jurídica"⁷.

⁵ Tabla referencial a años e internos en Instituciones penitenciarias en España (datos de I.I.P)

AÑO	TOTAL INTERNOS	AÑO	TOTAL INTERNOS	AÑO	TOTAL INTERNOS
1996	38.037	2002	43.674	2008	67.428
1997	37.331	2003	47.207	2009	73.832
1998	38.604	2004	50.757	2010	75.410
1999	39.286	2005	52.417	2011	70.491
2000	39.169	2006	54.436	2012	60.037 a 11/12
2001	40.271	2007	64.228		

⁶ BUENO ARÚS definía la redención de penas por el trabajo como "una causa de extinción de la responsabilidad criminal que consiste en una valoración jurídica del tiempo de cumplimiento de las penas de privación superior a la mediad cronológica, siempre que el penado desarrolle en ese tiempo una actividad laboral (o asimilada)" *Ibidem*. Profundizando en el tema véase respecto la redención de penas por el trabajo el artículo de M. P. SÁNCHEZ ÁLVAREZ "La Justicia Restaurativa: un nuevo paradigma", también el de C. JUANATE Y DORADO "Algunas consideraciones sobre la redención de penas por el trabajo y su aplicación por los Jueces de Vigilancia", ambos en *Revista de Estudios Penitenciarios* nº 236, Madrid 1996. En esta línea completando las anteriores se recomienda la lectura de ZURITA GARCÍA, J.: "La redención de penas por el trabajo: controvertido origen y dudosa justificación actual" *Revista de Estudios Penitenciarios* nº 241, Madrid, 1989.

⁷ Vid. Exposición de Motivos, a mayor abundamiento en la cuestión se recomienda la consulta de C. MARTÍNEZ PERZA, "La reforma del CP de 2010" en *Revista Derecho Penal* nº 93, 2010.

A la postre ésta y otras reformas supusieron un endurecimiento de nuestro sistema penal, marcando una tendencia ininterrumpida hasta la entrada en vigor de la LO 5/2010, de revisión de sentencias⁸. La LO 5/2010, de 22 de junio, coadyuvó al importante cambio que comienza en el reciente período comprendido entre 2010 y 2011, y que entre otros aspectos no menos importantes, vino a reformar las consecuencias penales hasta entonces previstas para los delitos de tráfico de drogas⁹ y contra la seguridad vial, con una repercusión inmediata en los sujetos que se encontraban cumpliendo condena por los mismos¹⁰. Ello supuso un importante crecimiento del número de internos en las cárceles españolas

En el primero de los delitos, se redujo el límite máximo de la pena de prisión prevista para el supuesto de drogas que causen grave daño a la salud, de nueve a seis años, lo que supuso la inmediata excarcelación de muchos internos condenados por el referido tipo delictivo, así como el acortamiento sustancial de las condenas de tantos otros. Respecto a la seguridad vial, se modificaron las dos penas previstas antes de esta reforma, de prisión o multa y trabajos en beneficio de la comunidad, introduciéndose una única pena, que será establecida a criterio del juez.

Ambas medidas redujeron la población interna en los centros penitenciarios, dando un respiro al problema de la concentración mencionado líneas arriba.

⁸ En esta línea, las reformas que se operaron en el Código Penal a partir del año 2003 fueron las siguientes: LO 1/2003, de 10 de marzo, para la garantía de la democracia en los Ayuntamientos y la seguridad de los Concejales; LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas; LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materias de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros; LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre de Código Penal; LO 20/2003, de 23 de diciembre de modificación de la Ley orgánica del Poder Judicial y del Código Penal; LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género; LO 2/2005, de 22 de junio, de modificación del Código Penal; LO 4/2005, de 10 de octubre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre en materia de delitos de riesgo provocados por explosivos; LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte; LO 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas; LO 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modifica el Código Penal en materia de seguridad; LO 2/2007, de 3 de marzo de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo; LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el Código Penal, de revisión de sentencias, que interrumpe la tendencia del incremento punitivo de las anteriores y afecta a los delitos contra la salud pública, contra la seguridad del tráfico, así como al denominado período de seguridad, reducido a casos excepcionales en su aplicación y del que nos ocuparemos más adelante; y en último lugar, la LO 3/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la LO 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

⁹ Véase la publicación del Teniente Fiscal de la Fiscalía Superior de Navarra REY HUIDOBRO, L. F.: "La reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio" *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 8, Navarra, 2010.

¹⁰ En este sentido, véase Auto de la A.P. de La Coruña, de fecha 17/12/10.

II. LA INNECESARIEDAD DEL ENDURECIMIENTO DE LAS PENAS.

Las más de 30 reformas del Código Penal a juicio de CORTÉS BECHIARELLI¹¹ indican la ausencia de una Política Criminal rigurosa en nuestro país, pues entiende que

"así lo demuestran la inspiración comunitaria de parte de su texto, la adaptación de nuestras normas penales para conseguir la armonización jurídica europea¹² y el que se legisle a golpe de la influencia mediática de determinados sucesos graves ocurridos en España en los últimos años (...) Atendiendo a la proliferación de nuevas formas de delito y al endurecimiento de las penas, la población reclusa tiene que crecer necesariamente"

En este sentido resulta curioso que se intente reformar continuamente la legislación penal para endurecerla sin haber realizado previamente un estudio en profundidad de cuáles son los fallos del sistema penal y penitenciario español, o lo que es lo mismo, sin desplegar los instrumentos necesarios para que la aplicación de la legislación existente en la actualidad sea eficaz, y que su posterior ejecución, sin olvidar el fin primordial de la reeducación y reinserción social, no llegue, en determinados casos, a desnaturalizar el contenido de la pena misma.

Al centrar el problema de contención de la criminalidad y la eventual reincidencia de los excarcelados en el sistema penal propiamente dicho, se olvida la inutilidad de una severísima legislación penal si en el sistema de ejecución de las penas privativas de libertad no se corrigen los fallos e incongruencias de los que adolece. Se precisa coordinar y mejorar los recursos materiales y humanos existentes en la materia, habida cuenta de la importancia de los bienes jurídicos en juego, a saber, de una parte, el derecho fundamental a la libertad, constitucionalmente proclamado en el artículo 17 de nuestra Carta Magna¹³ y de otro, el riesgo que implica la posibilidad real de que una ineficaz ejecución de una pena de prisión impuesta a un

¹¹ CORTÉS BECHIARELLI, E.: "La crisis del derecho penal español y su última reforma legislativa" Asociación de Técnicos de Instituciones Penitenciarias (ATIP). *Nuevas realidades penales y penitenciarias: los retos en un escenario de cambios*, Madrid, 2010.

¹² En este sentido recordar la existencia de las Reglas Penitenciarias Europeas, la Recomendación del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas, adoptada por la Comisión de Ministros de 11/01/06, las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y tratamiento del delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones de 31/07/57 y 13/05/77.

¹³ El derecho a la libertad es el derecho de todos a no ser privado de la misma salvo en los casos y en la forma previstos en la ley. No es un derecho de pura configuración legal, en esta línea STC 140/1986, 160/1986, 241/1994, 2/1992, 241/1994, 128/1995, 157/1997, 47/2000, 147/2000. Ha de tenerse también en cuenta que el derecho a la libertad puede verse conculcado, tanto cuando se actúa bajo la cobertura impropia de la ley como cuando se opera contra lo que la ley dispone, además los plazos han de cumplirse por los órganos judiciales, en este sentido STC 127/1984, 34/1987, 13/1994, 241/1994, 128/1995, 40/1987, 103/1992, 37/1996, 147/2000.

delincuente desemboque en la indeseable consecuencia de devolver a la sociedad un individuo peligroso.

Dejando al margen el estudio individualizado de las innumerables reformas operadas sobre nuestro texto punitivo, procede revisar determinadas figuras jurídicas que fueron introducidas o modificadas por las mismas, y que, o tienen una repercusión directa en el cumplimiento de las penas privativas de libertad, como el caso de la acumulación de condena, el beneficio de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y el período de seguridad; o bien adolecen de importantes fallos o presentan lagunas en el desarrollo de su ejecución, así la pena de trabajos en beneficio de la comunidad y las medidas de seguridad privativas de libertad.

A mayor abundamiento recuérdese que el artículo 76 del Código Penal fue modificado por la LO 7/2007, de 30 de junio, para introducir el límite de 40 años, a los ya existentes de 20, 25 y 30 años, en el cumplimiento efectivo de la pena de prisión.

Artículo 76 C.P.

1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en las que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya expuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años. Excepcionalmente, el límite máximo será:

a) De 25 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión de hasta 20 años.

b) De 30 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años.

c) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años.

d) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII de este Código, y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años¹⁴.

2. La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo¹⁵.

¹⁴ Los apartados c) y d) fueron los modificados por la LO 7/2003, de 30 de junio, de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas. Véase Disposición Adicional Primera de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995 de Código Penal (Anexo VI).

¹⁵ Redactado conforme la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas. Véanse también SSTC 47/2003, de 3 de marzo; 191/2002, de 28 de octubre y 13/2000 de 17 de enero. Véase asimismo JJGG de 29 de noviembre de 2005, 12 de febrero de 1999, 27 de marzo de 1998 y 8 de mayo de 1997.

La acumulación de condenas, confundida en innumerables ocasiones y hasta el día de la fecha con la refundición de condenas, es una figura penológica que prevé, para aquellos sujetos condenados por la comisión de varios delitos, enjuiciados en un único procedimiento, o que hayan sido susceptibles de serlo, la aplicación de un límite de cumplimiento efectivo, que supone además, la creación de una pena nueva e independiente, declarando extinguidas las que sobrepasen dicho límite.

Para entender mejor la importancia práctica de esta figura a los efectos que nos ocupan, es ilustrativo el ejemplo expuesto por ABEL TÉLLEZ¹⁶, que ya se plantea si el límite de los 40 años introducido por la mencionada reforma no supone ya una pena de cadena perpetua. De forma que, en el caso de que a un sujeto se le impongan cuatro penas de 25 años, el resultado por aplicación de los límites máximos de cumplimiento del Código Penal vendría a ser fijado en 40 años. Ocurre sin embargo, que la mencionada LO 7/2003, reforma también el art. 78, para que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional en los supuestos de crímenes especialmente graves, se refieran siempre a la totalidad de las penas impuestas en sentencia. En este caso, al ser 40 menor que la mitad de 100, es decir, del total de los años de prisión impuestos, el juez o tribunal sentenciador acordaría que la clasificación inicial en tercer grado, los permisos de salida o la libertad condicional, habrán de quedar referidos al total de la pena impuesta, es decir, a los 100 años, con lo que en la práctica este sujeto no alcanzaría nunca la posibilidad de acceder a tales beneficios penitenciarios, salvo que el Juez así lo considerara, por existir un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social.

Con carácter general, la Jurisprudencia viene exigiendo la presencia de circunstancias objetivas de analogía, como la unidad o afinidad, al menos, del bien jurídico violado, del precepto sancionador y proximidades espacio-temporales entre las distintas infracciones¹⁷.

La doctrina se encuentra dividida en esta materia, y así están los que exigen atender a la fecha de la firmeza de las resoluciones anteriores, y los que no exigen tal firmeza¹⁸.

Igualmente introdujo la LO 7/2003, de 30 de junio el denominado período de seguridad, cuya creación, "sirve de puente entre este ordenamiento y el penitenciario, ya que, a la hora de determinar la proporcionalidad de las penas, su concreta extensión y su adecuación a los fines de prevención general y especial, no pueden hacerse propuestas al margen de la legislación penitenciario. En efecto, el sistema de progresión de grados, permisos, régimen abierto y concesión de libertad condicional

¹⁶ En esta línea, Abel Téllez Aguilera, La Ley Penal, Revista de Derecho Penal Procesal y Penitenciario N° 1

¹⁷ Véase TS 2ª SS 24 de enero de 1996, 4 de marzo de 1997 y 14 de enero de 1998

¹⁸ En este sentido ver STC 174/1984, de 30 de octubre.

puede hacer que la pena prevista en el Código Penal y fijada en la sentencia quede muy distante de la efectivamente cumplida"¹⁹.

Su instauración fue objeto de duras críticas, tanto desde un punto de vista formal, por cuanto supone introducir en el Código Penal reglas referidas a la ejecución de las penas, y que por tanto deberían haber quedado ubicadas en la legislación penitenciaria, como desde una perspectiva material, al suponer una ruptura del principio de individualización científica consagrado en el artículo 72.1 de la LOGP²⁰

Rezaba el anterior artículo 36.2 del C.P.

"Cuando la duración de la pena de prisión de la pena impuesta sea superior a cinco años, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta. El juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, cuando no se trate de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código o cometidos en el seno de organizaciones criminales, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento"

Este artículo ha sido recientemente modificado por la LO 5/2010, de 22 de junio en el sentido de reducir su aplicación imperativa a los supuestos de delitos de terrorismo, los cometidos en el seno de organizaciones criminales, los de abusos y agresión sexual a menores de trece años y los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores, cuando las víctimas sean menores de trece años, dejando el carácter potestativo en la aplicación del referido período en los restantes casos. Así:

"Cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, el Juez o Tribunal podrá ordenar que la clasificación del condenado en tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta.

En cualquier caso, cuando la duración de la pena impuesta sea superior a cinco años y se trate de los delitos enumerados a continuación, la clasificación del condenado en tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la misma:

- a) Delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código.
- b) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal
- c) Delitos del artículo 183 (que incluye todos los supuestos de abuso y agresión sexual contra menores de edad).

¹⁹ Exposición de Motivos de la referida ley.

²⁰ En este sentido se recomienda la lectura de ROSER BACH FABREGÓ y MIGUEL ÁNGEL GIMENO CUBERO.: Clases, contenido y ejecución de las penas" Monografías Aranzadi, Navarra, 2010.

d) Delitos del Capítulo V del Título VII cuando la víctima sea menor de trece años (artículos 187 a 189, delitos relativos a la prostitución o pornografía de menores)

El Juez de Vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento.

Aún cuando algunos autores hayan aplaudido la decisión del legislador, entendemos que un adecuado sistema de ejecución penal requiere no sólo del establecimiento de unos máximos en el cumplimiento efectivo de las penas, también exige unos mínimos. Habida cuenta que la reforma aludida posibilita que cualquier interno, salvo que hubiere sido condenado por los delitos referidos, pueda ser inicialmente clasificado en tercer grado con independencia de la condena impuesta. En este sentido recordemos que si bien los permisos de salida requieren el cumplimiento de la cuarta parte de la condena, no existe actualmente obstáculo temporal alguno para la clasificación inicial en régimen abierto al margen de los supuestos mencionados.

Queda, como única objeción a la mencionada posibilidad, el sinsentido de que una persona reúna los requisitos, ahora meramente subjetivos, para acceder al régimen de semilibertad, y no los legalmente exigidos para la obtención de los permisos ordinarios de salida, que se suponen instrumento para la preparación de la vida en libertad. Aquí se plantea la cuestión relativa a si no deberían las penas impuestas por la comisión de delitos graves y muy graves, y por ende superiores a cinco años, cumplir una función de prevención general, dejando a salvo, por supuesto, la posibilidad de que el referido período pudiera, en su caso, ser levantado por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, en decisión motivada con base a los informes de la Junta de Tratamiento. La antinomia anterior dificulta la respuesta afirmativa.

Otro de los instrumentos previstos por nuestra legislación penal que afecta al cumplimiento de las penas de prisión, en cuanto prevé la suspensión de la ejecución de la misma, es el contenido en los arts. 81 a 87 del C.P. Anteriormente conocida como condena condicional, el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad prevé dos supuestos: el primero, que el sujeto hubiere delinquirido por primera vez, que la condena impuesta no sea superior a los dos años de prisión y que se satisfaga la responsabilidad civil²¹ y las multas que, en su caso, se hubieren impuesto. El segundo de los supuestos amplía la extensión de la aplica-

²¹ Según estudio realizado por la subdirección general de Coordinación Territorial, dependiente de la anterior Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, las infracciones penales que están siendo sancionadas con la pena de Trabajos en Beneficio de la Comunidad, son en la mayoría de los casos infracciones leves, cuyas penas igualmente corresponden a la categoría de penas leves. El perfil del infractor es, en la mayoría de los casos, el de una persona normalizada e integrada en la

ción de esta figura a sujetos que, aún cuando no fueren noveles, sean condenado a una pena de prisión de hasta cinco años, siempre que hubieran cometido el hecho a causa de su adicción a las drogas y se acredite la participación en programa de deshabitación o desintoxicación.

Pues bien, la práctica penitenciaria pone de manifiesto, tal y como señala Teresa MÉNDEZ RUBIO, que de una parte, existen sujetos que, aún reuniendo los requisitos objetivos legales apenas mencionados, no pueden acceder a tal beneficio al no poder acreditar la existencia de un domicilio conocido (es el caso de los extranjeros no residentes en la UE), y de otra, que hay sujetos que, en aprovechamiento del caos existente actualmente en el funcionamiento y coordinación entre los distintos juzgados y tribunales, han llegado a disfrutar de esta figura dos, y hasta tres veces, hecho que choca frontalmente con el espíritu de la norma mencionada.

No podemos terminar el apartado que nos ocupa sin hacer una breve referencia a la ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad. Para la intentar ofrecer un concepto debemos traer a colación el artículo 2 del Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo, que aporta claramente su significado al entender a efecto del Real Decreto:

a) Trabajos en beneficio de la comunidad: la pena privativa de derechos, que no podrá imponerse sin el consentimiento del condenado, y que le obliga a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, que podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas.

En idéntico sentido se pronuncia el artículo 49 del Código Penal

“Los trabajos en beneficio de la comunidad, que no podrán imponerse sin el consentimiento del penado, le obligan a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, que podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas, así como en la participación del penado en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares. (...)”

sociedad En este sentido José Luis GÓMEZ ARROYO, “Apuntes sobre la pena de trabajos en beneficio de la comunidad” en *Noticias Jurídicas*, mayo 2003.

En el sentido de ahondar acerca de la exigibilidad del requisito de la responsabilidad civil para la concesión de la suspensión o sustitución de la pena de prisión, es interesante el artículo publicado por Vicente MAGRO SERVET, Presidente de la A.P. de Alicante en www.elderecho.com (“La insolvencia del condenado con relación a las solicitudes de suspensión y sustitución de la pena”). Véanse también STC 110/2003 y ATC 306/2003.

Sin profundizar en las últimas reformas efectuadas sobre esta pena por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, que introdujo el TBC como pena opcional a la prisión para los malos tratos (art. 153 C.P.), y la LO 15/2003 que amplía su aplicación a un mayor número de delitos y faltas e incorpora al Código el régimen jurídico de su incumplimiento, aparecen definidos en el artículos 49 del CP y desarrollados, en cuanto al plan de ejecución, por el R.D. 840/2011.

Dejando al margen la discusión de si es ésta realmente una pena privativa de derechos²², y si este fuera el caso, la incongruencia entonces de dejar su ejecución en manos de la Administración penitenciaria, la práctica penitenciaria nos revela como, en múltiples ocasiones, ante la falta de los oportunos convenios entre Administraciones o Entidades Públicas o privadas al efecto, los sujetos condenados a esta pena privativa de derechos terminan pintando una pared o realizando labores de limpieza de los Establecimientos Penitenciarios, actividades que no tienen demasiado que ver con la finalidad prevista por el legislador para la pena que nos ocupa.

Cuestión distinta, y que merece especial mención, es la de los sujetos condenados a penas de prisión y trabajos en beneficio de la comunidad, en la que la falta de regulación al respecto, deja a la autorización del Juez de Vigilancia Penitenciaria el cumplimiento simultáneo de ambas.

Desde la perspectiva, ya manifestada, de la cuestionable adecuación de las tareas que se desarrollan (auxiliar de limpieza, tareas de mantenimiento...) a las finalidades mencionadas en precepto penal, sino que tal posibilidad *"contraviene la esencia del cumplimiento de la pena privativa de libertad, pues si ésta ha de dedicarse a la reeducación y reinserción, si el penado se dedica a cumplir otra pena que le ocupa una parte significativa de la jornada, difícilmente cabe entender el porqué de dar preferencia al cumplimiento de una pena que antológicamente es de menor relevancia que la pena privativa de libertad"*²³.

En el plano práctico, las consecuencias son bastante más ilustrativas, así, cada jornada de TBC cumplida simultáneamente con la de prisión en el Centro Penitenciario puede tener un triple cómputo: como jornada de TBC propiamente dicha, como actividad a tener en cuenta para la obtención del interno de eventuales recompensas, e incluso, en el supuesto de que en interno solicitase un indulto particular (artículo 206 del Reglamento Penitenciario), como parte del cómputo de los dos años ininterrumpidos de actividades que exige tal norma para la concesión del mismo.

²² El propio Consejo General del Poder Judicial, en el preceptivo Informe al Anteproyecto del CP de 1994, entiende que esta ubicación resultaba discutible, preguntándose incluso qué derecho se está privando con esta pena y abogando porque su ubicación natural y pacífica debía ser en una "sección propia donde su contenido fuera desarrollado suficientemente".

²³ Véase Auto del JVP de Burgos de fecha 21/05/2010, de no autorización del cumplimiento simultáneo de la pena de TBC con la pena de prisión.

Capítulo aparte, merece la pena hacer una reflexión acerca de la regulación que la legislación actual lleva a cabo sobre las medidas de seguridad privativas de libertad, concretamente la de internamiento en centro psiquiátrico, y la forma en la que ésta es efectivamente ejecutada.

Con la reforma operada en el Código Penal por la LO 5/2010, se ha visto revisado el sistema de medidas de seguridad, privativas y no privativas de libertad. En desarrollo de dicha reforma, el R.D. 840/2011, de 17 de junio, ha venido a establecer, entre otros extremos, las circunstancias de ejecución de determinadas medidas de seguridad.

Refiriéndose a las penas privativas de libertad, esta última disposición legal establece en su artículo 20 que *"las medidas de seguridad se cumplirán en los centros adecuados, públicos o concertados de las Administraciones Públicas competentes por razón de la materia y del territorio"*, para fijar los artículos 21 y 22 la competencia expresa de la Administración Penitenciaria *"para la ejecución de las medidas privativas de libertad de internamiento en establecimiento o unidad psiquiátrica penitenciaria"*, siendo en este caso de aplicación lo dispuesto en los artículos 183 a 191 del Reglamento Penitenciario vigente, y las orientaciones dadas por la Instrucción 19/2011.

Efectuado el ingreso de un interno para cumplimiento de medida de seguridad privativa de libertad en un establecimiento penitenciario, en virtud del oportuno mandamiento judicial, se analizará los términos de la medida. Si la medida viene impuesta en sentencia junto con pena privativa (supuestos del artículo 104.1 del Código Penal), procede el cumplimiento de la medida, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 99 del Código Penal.

Si el interno se encontrare en prisión preventiva, se dará cuenta del inicio del cumplimiento de la medida a la Autoridad Judicial que hubiera decretado la prisión preventiva, a los efectos que procedan. Si el interno en cambio estuviera en el centro penitenciario cumpliendo una pena privativa de libertad, se oficiará a la autoridad sentenciadora comunicándole la recepción de la medida privativa de libertad, solicitando la paralización del cumplimiento para poder ejecutar la medida de seguridad. En tanto no se apruebe dicha paralización, el penado seguirá cumpliendo la pena liquidada, si bien las medidas asistenciales de actuación penitenciaria procedentes se acomodarán a las necesidades detectadas mientras persista el cumplimiento de la pena original, dando cuenta además al Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Esta reforma no puede calificarse más que un intento a la desesperada de dar cobertura legal a lo que venía siendo la realidad en esta materia hasta la promulgación de la misma. Los condenados a medida de seguridad de internamiento, ante la falta de plazas en Centros psiquiátricos penitenciarios terminan en los Establecimientos Penitenciarios ordinarios, donde no se cuenta a día de hoy con el personal adecuado para una correcta ejecución de estas medidas. Consecuencia de lo anterior es que estos internos se encuentran sujetos a un régimen de cumplimiento más gravoso

en la práctica que si hubieran sido condenados a penas de prisión, puesto que no tienen acceso ni a los permisos ordinarios de salida, ni a la posibilidad de cumplir mediante el sistema de individualización científica, ni tampoco a la libertad condicional²⁴. Pero lo que es peor, tampoco tienen acceso a un adecuado tratamiento²⁵ dirigido a conseguir la finalidad de las medidas de seguridad, que recordemos es, según el artículo 25.2 de la Constitución, la misma que la de las penas, es decir, la reeducación y reinserción social, escollo que la Administración Penitenciaria intenta salvar mediante la realización de salidas terapéuticas (aún cuando la Instrucción que las regula exige la presencia de un personal en la realización de las mismas que no existe en los Centros ordinarios), y la inclusión de estos internos en un programa de tratamiento dirigido, hasta la fecha, a recursos que presentaban enfermedades mentales, conocido como PAIEM (Programa de Atención Integral a Enfermos Mentales), solución que no deja de ser un parche más en la ejecución penitenciaria española.

III. CONCLUSIONES

Coincidimos con las palabras de BUENO ARÚS que expresan *"el éxito de la Ley Orgánica General Penitenciaria se manifiesta, sin necesidad de otros argumentos, cuando se piensa que ha formado parte del ordenamiento jurídico español durante más de 25 años sin sufrir prácticamente ninguna reforma y desde luego una reforma de fondo"*, su normativa se basa en unas disposiciones mínimas inspiradas en las recomendaciones de Naciones Unidas y el Consejo de Europa, en los acuerdos internacionales sobre derechos humanos y en la Constitución Española sobre el tratamiento de los reclusos.

Si bien es cierto que la LOGP fue un texto pionero y de gran calidad técnica, no lo es menos que el desarrollo efectuado por el Reglamento Penitenciario deja importantes extremos de la ejecución de las penas sin regular, o lo que es lo mismo, a la interpretación, lo que ha determinado un aluvión de Instrucciones por parte de la

²⁴ Como señala BUENO ARÚS "La importancia del tratamiento penitenciario radica en que, con mayor o menor precisión científica, el tratamiento está íntimamente vinculado a la ejecución de la pena privativa de libertad con una finalidad de prevención especial positiva (llámese corrección, reeducación, reinserción social, resocialización, o de cualquier otro modo parecido)" Francisco BUENO ARÚS, "Novedades en el concepto del tratamiento penitenciario", *Revista de Estudios Penitenciarios* nº 252-2006.

²⁵ En este sentido, la definición del tratamiento en nuestra legislación viene dada por el artículo 59 de la Ley Orgánica General Penitenciaria: "1. El tratamiento penitenciario consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados. 2. El tratamiento pretende hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, así como de subvenir a sus necesidades. A tal fin, se procurará, en la medida de lo posible, desarrollar en ellos una actitud de respeto a sí mismos y de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general".

Secretaría General de Instituciones Penitenciarias desde que aquél entrara en vigor (21 Instrucciones en el año 2011). Si al referido maremágnum de Instrucciones, que puede considerarse como una manera de introducir el criterio político de turno en la aplicación de la legislación penitenciaria, le unimos los diferentes criterios que pueden tener uno u otro Juez de Vigilancia Penitenciaria, el lector puede fácilmente deducir que no importa cuánto se endurezcan las penas si importantes aspectos de la ejecución de las mismas se abandonan a la libre interpretación de los políticos o de los profesionales que intervenimos en ésta.

Es por ello urgente la necesidad de legislar con más detalle la ejecución de penas en España, regulando esos vacíos que dan lugar a situaciones claramente injustas o arbitrarias, y lograr la ineludible seguridad jurídica que debe tener toda aplicación normativa, y más si se trata como en este caso, de disposiciones que afectan a los derechos fundamentales.

De no ser así, continuaremos observando impotentes la triste realidad de que el cumplimiento de la pena impuesta por un juez sea más o menos duro, no dependiendo ya de las circunstancias establecidas en la ley (esto es, y reducidas a su mínima expresión, de la duración de la pena y el comportamiento del condenado), sino de la interpretación que de aquélla hagan unos cuantos, o lo que es lo mismo, de que un interno cumpla en un Centro Penitenciario u otro.

Es igualmente llamativo que en pleno siglo XXI, donde las últimas tecnologías están a la orden del día, no se cuente con una base de datos única, para policía, juzgados y prisiones, y de acceso común, en la que se pudieran consultar las detenciones, procedimientos penales abiertos y condenas en cumplimiento o pendientes de ejecución de cualquier sujeto. Huelga decir la cantidad de errores que en estos tres ámbitos se producen, y no por falta de información, ya que ésta existe, sino porque la información que obra en poder de unos, no consta a los otros, y viceversa.

De hecho, el trabajo de clasificación y tratamiento de los penados en nuestro sistema penitenciario se lleva a cabo a partir de la información que educadores, psicólogos, juristas y trabajadores sociales obtienen del interno y de la documentación remitida por distintos organismos (juzgados, jefaturas de policía...) y que obra en su expediente personal. Si esta información es incompleta, estamos trabajando con lo que "aparentemente" es la situación penal, social y laboral del sujeto a clasificar.

Un ejemplo: en el expediente del interno que ingresa por primera vez en prisión por la comisión de un delito, no constará ningún documento relativo a las numerosas faltas que éste haya podido cometer si satisfizo las correspondientes multas a tiempo, por lo que, al parecer a todos los efectos un interno primario, podría resultar clasificado inicialmente en tercer grado, cuando en realidad podría tratarse de un reincidente con factores de inadaptación que no se están pudiendo valorar.

Si este interno reincidiera tras su excarcelación, ¿sería achacable el fallo al sistema tratamental dirigido a la reinserción?, en otras palabras ¿se ha tenido acceso

a toda la información necesaria para establecer la situación real del interno (penal, social, psicológica y laboral) como punto de partida para una correcta intervención penitenciaria?

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BACH FABREGÓ, R y GIMENO CUBERO, M.A.: *Clases, contenido y ejecución de las penas*” Monografías Aranzadi, Navarra, 2010.
- BUENO ARÚS, F.: “Novedades en el concepto del tratamiento penitenciario”, *Revista de Estudios Penitenciarios* nº 252-2006.
- CORTÉS BECHIARELLI, E.: “La crisis del derecho penal español y su última reforma legislativa” Asociación de Técnicos de Instituciones Penitenciarias (ATIP). *Nuevas realidades penales y penitenciarias: los retos en un escenario de cambios*, Madrid, 2010.
- GÓMEZ ARROYO, J.L.: “Apuntes sobre la pena de trabajos en beneficio de la comunidad” en *Noticias Jurídicas*, mayo 2003.
- JUANATEY DORADO, C.: “Algunas consideraciones sobre la redención de penas por el trabajo y su aplicación por los Jueces de Vigilancia”, ambos en *Revista de Estudios Penitenciarios* nº 236, Madrid 1996.
- MAGRO SERVET, V.: “La insolvencia del condenado con relación a las solicitudes de suspensión y sustitución de la pena”, en *www.elderecho.com*.
- MARTÍNEZ PERZA, C.: “La reforma del CP de 2010” en *Revista Derecho Penal* nº 93, 2010.
- REY HUIDOBRO, L. F.: “La reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio” *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 8, Navarra, 2010.
- ROLDÁN BARBERO, H.: en la *Revista de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 12-04, 2010.
- SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.P.: “La Justicia Restaurativa: un nuevo paradigma”
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. “El concepto del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008”, en Cuadernos Penales de J.M. LIDÓN Y ORTÍZ DE URBINA “Análisis económico del Derecho y Política Criminal.
- TÉLLEZ AGUILERA, A.: La Ley Penal, *Revista de Derecho Penal Procesal y Penitenciario* Nº 1
- VV.AA.: *Informes de la Administración General del Estado 1999-2004*
- ZURITA GARCÍA, J.: “La redención de penas por el trabajo: controvertido origen y dudosa justificación actual” *Revista de Estudios Penitenciarios* nº 241, Madrid, 1989.

Fecha de recepción: 20/07/2012

Fecha de aceptación: 1/09/2012

APROXIMACIÓN A LA AGENCIA EUROPEA PARA LA COORDINACIÓN DE LA COOPERACIÓN OPERATIVA EN LAS FRONTERAS EXTERIORES DE LA UE, FRONTEx

JULIÁN PÉREZ QUILES

Experto Nacional Destacado en la Agencia Europea de Fronteras, Frontex (Varsovia)

RESUMEN

El trabajo versa sobre el complicado y largo proceso que ha llevado a la Unión Europea a dotarse de una herramienta que se ha configurado como fundamental para la protección de su frontera exterior. Un recorrido de más de 15 años hasta la materialización de la Agencia Frontex y de ahí a las primeras operaciones conjuntas en los diferentes escenarios, tierra, mar y aire en los que los Estados de la UE y sobre todo los del Sur tienen un riesgo cierto y medible de permeabilidad fronteriza. En definitiva, para garantizar la libertad de movimiento de bienes, personas y capital dentro de la zona Schengen es fundamental el principio de confianza entre los Estados Miembros y sobre todo el de solidaridad para hacer frente a una amenaza que a la postre acabará afectando a todos aunque al inicio solo lo haga a unos pocos, aquellos con más frontera exterior.

Palabras clave: Unión Europea, EELSJ, Comisión Europea, Frontex, Operación Conjunta.

ABSTRACT

The work turns on the complicated and long process that has led to the European Union to being provided with a tool that has been formed like fundamentally for the protection of its exterior border. A tour of more than 15 years up to the materialization of the Agency Frontex and of there to the first joint operations in the different scenes, land, sea and air in that the States of the EU and especially those of the South have a certain risk and measurable of frontier permeability. Definitively, to guarantee the freedom of movement of goods, persons and the capital inside the zone Schengen is fundamental the confidence beginning between the members states and especially that of solidarity to face to a threat that at last will end